اللباب

في شرح الكتاب

تأليف

الشيخ عبد الغني الغنيمي ، الدمشقي ، الميداني ، الحنفي
أحد علماء القرن الثالث عشر

على المختصر المشتهر باسم « الكتاب » الذي صنفه الإمام أبو الحسين
أحمد بن محمد ، القدوري ، البغدادي ، الحنفي ، المولود في عام ٣٣٢
والمتوفى في عام ٤٢٨ من الهجرة

من حفظ هذا الكتاب فهو أحفظ
أصحابنا ، ومن فهمه فهو أفهم أصحابنا .
أبو علي الشاشي

الجزء الثالث

المكتبة العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

النِّكَاحُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ الْمَاضِي، أَوْ يُعَبَّرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْمَاضِي وَبِالْآخَرِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ زَوِّجْنِي فَيَقُولَ زَوَّجْتُكَ.

وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ حُرَّيْنِ بَالِغَيْنِ عَاقِلَيْنِ مُسْلِمَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، عُدُولًا كَانُوا أَوْ غَيْرَ عُدُولٍ، أَوْ مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ،

كتاب النكاح

مناسبة النكاح للمساقاة أن المطلوب فى كل منهما الثمرة .

(النكاح) لغة : الضم والجمع كما أختاره صاحب المحيط وتبعه صاحب الكافى وسائر المحققين، كما فى الدرر ، وشرعا : عقد يفيد ملك المُتْعَةِ قصداً .

وهو (ينعقد بالإيجاب) من أحد المتعاقدين (والقبول) من الآخر (بلفظين يعبر بهما عن الماضى) مثل أن يقول : زوجتك ، فيقول الآخر : تزوجت ؛ لأن الصيغة وإن كانت للاخبار وضعاً فقد جعلت للانشاء شرعا ، دفعاً للحاجة (أو) بلفظين (يعبر بأحدهما عن الماضى و) يعبر (بالآخر عن المستقبل) وذلك (مثل أن يقول) الزوج للمخاطب : (زَوِّجْنِي) ابنتك ، مثلا (فيقول : زوجتك) ، لأن هذا توكيل بالنكاح ، والواحد يتولى طَرَفَيِ النكاح على مانبينه ، هداية .

(ولا ينعقد نكاح المسلمين) بصيغة المثنى (إلا بحضور شاهدين حرين بالغين عاقلين مسلمين) سامعين معاً قولهما فاهِمَيْنِ كلامهما على المذهب كما فى البحر (أو رجل وامرأتين ، عدولا كانوا) أى الشهود (أو غير عدول أو محدودين فى قذف) أو أعميين أو ابنى الزوجين أو ابنى أحدهما ، لأن كلا منهم أهل للولاية يكون أهلا للشهادة

فَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لاَ يَجُوزُ .

وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ، وَلاَ بِجَدَّاتِهِ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، وَلاَ بِبِنْتِهِ ، وَلاَ بِبِنْتِ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَتْ ، وَلاَ بِأُخْتِهِ ، وَلاَ بِبَنَاتِ أُخْتِهِ ، وَلاَ بِبَنَاتِ أَخِيهِ ، وَلاَ بِعَمَّتِهِ ، وَلاَ بِخَالَتِهِ ، وَلا بِأُمِّ امْرَأَتِهِ دَخَلَ بِابْنَتِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ ، وَلاَ بِبِنْتِ امْرَأَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حِجْرِهِ أَوْ فِي حِجْرِ غَيْرِهِ ،

تحملا ، و إنما الفائت ثمرة الأداء ؛ فلا يبالى بفواته (فإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ولـكن لا يثبت عند جُحُوده (وقال محمد : لا يجوز) أصلا ، قال الإسبيجابى : الصحيح قولهما ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، كذا فى التصحيح .

(ولا يحل الرجل أن يتزوج بأمه ، ولا بجداته) مطلقاً (من قبل الرجال والنساء) وإن عَلَوْنَ (ولا ببنته ، ولا ببنت ولده) مطلقاً (وإن سفلت، ولا بأخته) مطلقاً (ولا ببنات أخته) مطلقاً وإن سَفَلْنَ (ولا ببنات أخيه) مطلقاً(ولا بعمته ولا بخالته) مطلقاً وإن سَفَلْنَ (ولا بأم امرأته) وجدتها مطلقاً وإن علت (دخل بنتها أو لم يدخل) لما تقرر أن وطء الأمهات يحرم البنات، ونـكاح البنات يحرم الأمهات (ولا ببنت امرأته التى دخل بها) وإن سفلت (سواء كانت فى حجره) أى عائلته (أو فى حجر غيره) ، لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة [1] لا مخرج

---

(١) الدليل على حرمة بنت الزوجة المدخول بها قوله تعالى فى ذكر المحرمات : (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائـكم اللاتى دخلتم بهن) والربائب : جمع ربيبة ، وهى بنت الزوجة ، والحجور : جمع حجر ، والمراد بههنا البيت . وظاهر هذه الآية الـكريمة أنه سبحانه قد قيد تحريم الربيبة على زوج أمها بقيدين : أحدهما أن تـكون الربيبة فى حجر زوج الأم : أى فى بيته وتربيته ، وثانيهما أن يكون الرجل قد دخل بالأم ، ويؤخذ من مفهوم هذين القيدين أن الربيبة لو كانت تعيش فى غير بيت زوج أمها لم يحرم عليه تزوجها، وأن الرجل إذا لم يكن=

وَلا بامْرَأَةِ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ ، وَلا بامْرَأَةِ أَبْنِهِ وَبَنِي أَوْلادِهِ ، وَلا بِأُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ ، وَلا بأُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَلا يَجْمَعُ بيْنَ أُخْتَيْنِ بِنِكَاحٍ وَلا بِمِلْكِ يَمِينٍ وَطْئًا ، وَلا يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَبَيْنَ عَمَّتِهَا وَخَالَتِهَا وَلا ابْنَةِ أَخِيهَا وَلا ابْنَةِ أُخْتِهَا ،

الشرط (ولا بامرأة أبيه) سواء دخل بها أولا (وأجداده) مطلقاً وإن عَلَوْنَ(ولا بامرأة ابنه و بنى أولاده) مطلقاً وإن نزلن (ولا بأمه من الرضاعة) وكذا جميع من ذكر نسباً ومصاهرة، إلا ما استثنى ، كما يأتى فى بابه ،و إنما خص الأم والأخت اقتداء بقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة » (ولا يجمع بين أختين) مطلقاً ، سواء كانتا حرتين أو أمتين أو مختلفتين (بنكاح ولا بملك يمين وطئاً) قيد به لأنه لا يحرم الجمع مِلْكاً ، فإن تزوج أخت أَمَتِهِ الموطوءة صح النكاح، ولم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الموطوءة على نفسه (ولا يجمع بين المرأة وعمتها ولا خالتها ولا ابنة أخيها ولا ابنة أختها) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها» وهذا مشهور تجوز الزيادة

= قد دخل بالمرأة لم تحرم عليه بنتها. ولكن هذا الظاهر غير مراد بشقيه جميعا عند جمهرة علماء هذه الأمة ، قالوا : إن قيد دخول الرجل بالمرأة معتبر ، وهو شرط فى التحريم ، فلو لم يدخل بها لم تحرم عليه بنتها ، وأما كون البنت فى حجر زوج أمها فليس معتبراً ، ولا هو شرط فى التحريم ، بل متى دخل الرجل بالمرأة حرمت عليه بنتها سواء أكانت تعيش معه فى عائلته وتربيته أم كانت تعيش خارج عائلته ، وذكر الحجور فى الآية الكريمة خرج مخرج العادة؛ لأن العادة جارية بأن تكون البنات مع أمهاتهن فى بيت أزواج الأمهات . وأظهر ما يدل على صحة هذا النظر أنه سبحانه حين أراد أن يبين متى تحل بنت الزوجة قال بعد ما تلونا : (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) ولم يذكر مفهوم القيد الأول ، فدل على أنه لم يخرج مخرج الشرط ؛ إذ لو خرج مخرج الشرط وكان التحريم مقيدا به لقال: فإن لم يكن فى حجوركم أو لم تكونوا قد دخلتم بأمهاتهن فلا جناح عليكم ، وقد ذهب على بن أبي طالب رضى الله عنه إلى أن الكون فى حجر زوج الأم شرط فى تحريم بنت الزوجة ، وكان ابن مسعود يذهب هذا المذهب ثم رجع عنه إلى مذهب جمهور الصحابة . وما ذهب إليه على رضى الله عنه مردود بما ذكرناه.

وَلاَ يَجْمَعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا رَجُلاً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُخْرَى ، وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ وَابْنَةِ زَوْجٍ كَانَ لَهَا مِنْ قَبْلُ .

وَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا .

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاَقاً بَائِناً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ،

على الكتاب بمثله . هداية (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت) أى لو فرضت (كل واحدة منها رجلا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى) ، لأن الجمع بينهما يُفضى إلى القطيعة ، ثم فرع على مفهوم الأصل المذكور بقوله : (ولا بأس أن يجمع) الرجل (بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبل) لأن امرأة الأب لو صورت ذكراً جاز له التزوج بهذه البنت .

(ومن زنى بامرأة) أو مسها أو مسته أو نظر إلى فرجها أو نظرت إلى فرجه بشهوة (حرمت عليه أمها وابنتها) [1] وإن بَعُدَتا ، وحرمت على أبيه وابنه وإن بعدا ، وحد الشهوة فى الشباب انتشار الآلة أو زيادته ، وفى الشيخ والعنين ميل القلب أو زيادته ، على ما حكى عن أصحابنا كما فى المحيط ، ثم الشهوة من أحدهما كافية إذا كان الآخر محل الشهوة كما فى المضمرات . قهستانى .

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج بأختها) ونحوها مما لا يجوز الجمع بينهما (حتى تنقضى عدتها) ؛ لبقاء أثر النكاح المانع من العقد ، قيد بالبائن لأنه محل الخلاف ، بخلاف الرجعى فإنه لا يرفع النكاح اتفاقاً .

---

(١) وذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه إلى أن زنا الرجل بامرأة لا يحرم عليه أمها ولا بنتها ووجه ما ذهب إليه أن المصاهرة نعمة ، لكونها تلحق الأجنبيات بالمحارم ، وكل ما هو نعمة لا ينال بسبب محظور شرعا ، والزنا من أكبر المحظورات ، فلا تنال به هذه النعمة العظيمة ، وعندنا تحرم أم المزنى بها وبنتها على الزانى ، وتحرم المزنى بها على آباء الزانى وأبنائه .

وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ وَلا الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا .

وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الْكِتَابِيَّاتِ ، وَلاَ يَجُوزُ تَزَوُّجُ الْمَجُوسِيَّاتِ وَلاَ الْوَثَنِيَّاتِ ، وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الصَّابِئِيَّاتِ إِذَا كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِنَبِيٍّ وَيُقِرُّونَ بِكِتَابٍ ، وَإِنْ كَانُوا يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ وَلا كِتَابَ لَهُمْ لَمْ تَجُزْ مُنَاكَحَتُهُمْ .

وَيَجُوزُ لِلْمُحْرِمِ وَالْمُحْرِمَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَا فِي حَالِ الْإِحْرَامِ .

(ولا يجوز أن يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) ؛ للاجماع على بطلانهما ، نعم لو فعله المولى احتياطاً كان حسنا .

(ويجوز تزوج الكتابيات) مطلقاً ، إسرائيلية أولا ، حرة أو أمة (ولا يجوز تزوج المجوسيات) عُبَّاد النار (ولا الوثنيات) عُبَّاد الأصنام ؛ لأنه لا كتاب لهم ، وقال صلى الله عليه وسلم فى مجوس هَجَر : « سُنُّوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » (ويجوز تزوج الصابئيات إذا كانوا يؤمنون بنبي ويقرون بكتاب) ؛ لأنهم من أهل الكتاب (وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم) ؛ لأنهم مشركون، قال فى الغاية : وهذا الذى ذكره هو الصحيح من المذهب ، أما رواية الخلاف بين الإمام وصاحبيه فذلك بناء على اشتباه حال الصابئة ؛ فوقع عند الإمام أنهم من أهل الكتاب يقرأون الزبور ولا يعبدون الكواكب ، ولكنهم يعظمونها تعظيمنا للقبلة فى الاستقبال إليها ، ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعَبَدَةِ الأوثان ، ولا خلاف فى الحقيقة بينهم ؛ لأنهم إن كانوا كما قال الإمام يجوز مناكحتهم اتفاقاً ، وإن كانوا كما قالا فلا يجوز اتفاقاً ، وحكم ذبائحهم على ذلك . اهـ .

(ويجوز للمحرم والمحرمة) بالحج أو العمرة أو بهما (أن يتزوجا فى حال الإحرام[1]) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم « تزوج ميمونة وهو محرم » وما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » محمول على الوطء كما فى الهداية.

---

(١) المراد بالتزوج هنا العقد .

وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِرِضَاهَا وَإِنْ لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا وَلِيٌّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، بِكْراً كَانَتْ أَوْ ثَيِّباً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لاَ يَنْعَقِدُ إِلاَّ بِوَلِيٍّ.

وَلا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِجْبَارُ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ فَذَلِكَ إِذْنٌ مِنْهَا،

(وينعقد نكاح) المرأة (الحرة البالغة العاقلة برضاها) فقط، سواء باشرته بنفسها أو وكلت غيرها (وإن لم يعقد عليها ولى) ولم يأذن به (عند أبى حنيفة: بكراً كانت أو ثيباً) ، لتصرفها فى خالص حقها وهى من أهله، ولهذا كان لها التصرف فى المال (وقالا : لا ينعقد) نكاح المرأة (إلا بولى) قال الإسبيجابى: وعن أبى يوسف أنه رجع إلى قول أبى حنيفة وهو الصحيح، وصرح فى الهداية بأنه ظاهر الرواية، ثم قال : ويروى رجوع محمد إلى قولها، واختاره المحبوبى والنسفى، اهـ تصحيح. وقال فى الهداية : ثم فى ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغيره، لكن للولى الاعتراض فى غير الكفء، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز فى غير كفء، لأن كم من واقع لا يدفع. اهـ، وقال فى المبسوط : روى الحسن عن أبى حنيفة إن كان الزوج كفئاً لها جاز النكاح، وإن لم يكن كفئاً لها لا يجوز النكاح. اهـ، وهذا القول مختار صاحب خلاصة الفتاوى، وقال : هكذا كان يفتى شمس الأئمة السرخسى، كذا فى غاية البيان، وهو المختار للفتوى كما فى الدر .

(ولا يجوز للولى) مطلقا (إجبار البكر البالغة على النكاح)؛ لانقطاع الولاية بالبلوغ (وإذا استأذنها) الولى الأقرب وهى تعلم الزوج (فسكتت أو ضحكت) غير مستهزئة (فذلك إذن منها) دلالة، لأنها تستحى من إظهار الرغبة، لا من إظهار الرد، والضحك أدل على الرضا من السكوت، لأنه يدل على الفرح والسرور. قيدنا الضحك بغير المستهزئة لأنها إذا ضحكت مستهزئة بما سمعت لا يكون رضاً، قال فى الغاية : وذلك معروف بين الناس، فلا يقدح فى ضحك الفرح. اهـ، وقيدنا الاستئذان بالولى وبالأقرب لأنه لو استأذنها

وإن أَبَتْ لَمْ يُزَوِّجْهَا ، وإذا اسْتَأذَنَ الثَّيِّبَ فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالْقَوْلِ ، وإِذَا زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ حَيْضَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ فَهِيَ فِي حُكْمِ الأَبْكَارِ وإِنْ زَالَتْ بِزِنًا فَهِيَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ : بَلَغَكِ النِّكَاحُ فَسَكَتِّ ، وقَالَتْ: بَلْ رَدَدْتُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ولا يَمِينَ عَلَيْهَا ،وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ فِيهِ

أجنبي أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم كما في الهداية . وقيدنا بكونها تعلم الزوج لأنها لو لم تعلم الزوج لا يكون سكوتها رضا كما في الدرر ، ولو زَوَّجَها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا ، لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ، ثم المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما ، ولو كان رسولا لا يشترط بالإجماع . هداية (وإن أبت لم يزوجها): أي لم يجز له أن يزوجها ؛ لعدم رضاها (وإذا استأذن) الولي ولو الأقرب (الثيب فلا بد من رضاها بالقول) ؛ لأنها جربت الأمور ومارست الرجال ؛ فلا مانع من النطق في حقها (وإذا زالت بكارتها بوثبة) أي نطة (أو حيضة) قوية (أو) حصول (جراحة) أو تعنيس (فهي في حكم الأبكار) في أن سكوتها رضاً ، ، لأنها بكر حقيقة (وإن زالت) بكارتها (بزناً فهي كذلك) أي في حكم الأبكار (عند أبي حنيفة) فيكتفى بسكوتها ، لأن الناس يعرفونها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه كيلا تتعطل عليها مصالحها ، وقالا : لا يكتفى بسكوتها ؛ لأنها ثيب حقيقة ، قال الإسبيجابي : والصحيح قول الإمام ، واعتمده النسفي والمحبوبي ، قال في الحقائق : والخلاف فيما إذا لم يصر الفجور عادة لها ، ولم يُقَمْ عليها الحد ، حتى إذا اعتادت ذلك أو أقيم عليها الحد يشترط نطقها بالاتفاق ، وهو الصحيح . اهـ ، تصحيح (وإذا قال الزوج) للمرأة البكر (بلغك النكاح فسكت، وقالت) المرأة (بل رددت، فالقول قولها) ؛ لإنكارها لزوم العقد ، خلافاً لزفر (ولا يمين عليها ، ولا يستحلف في النكاح عند أبي حنيفة ، وقالا :يستحلف فيه) قال في الحقائق : والفتوى على قولهما، لعموم البلوى

وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ والتَّزْوِيجِ والتَّمْلِيكِ وَالْهِبَةِ والصَّدَقَةِ، وَلا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ الإِبَاحَةِ .

وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهُمَا الوَلِيُّ ، بِكْراً كَانَتِ الصغيرَةُ أَوْثَيِّباً ، وَالوَلِيُّ هُوَ الْعَصَبَةُ ، فإِنْ زَوَّجَهُمَا الأَبُ أَوِ الْجَدُّ فَلاَ خِيَار لَهُمَا بَعْدَ بُلُوغِهِمَا ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُ الابِ وَالْجَدِّ فَلِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ إذا بَلَغَ : إِنْ شَاءَ أَقامَ عَلَى النِّكَاحِ ، وَإِنْ شَاء فَسَخَ

كما فى التتمة وفتاوى قاضيخان . اهـ .

(وينعقد النكاح بلفظ النكاح والتزويج) من غير نيّة ولا دلالة حال ، لأنهما صريحان فيه ، وما عداهما كناية ، وهو : كل لفظ وضع لتمليك العين فى الحال (و) ذلك كلفظ (التمليك ، والهبة ، والصدقة) والبيع ، والشراء ، فيشترط النية أو قرينة ، وقال فى التتار خانية : إن كل لفظ موضوع لتمليك العين ينعقد به النكاح إن ذكر المهر ، وإلا فبالنية . اهـ .

(ولا ينعقد) النكاح (بلفظ الإجارة ، و) لا بلفظ (الإباحة) والإعارة ؛ لأنها ليست لتمليك العين ، ولا بلفظ الوصية ؛ لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت ، هداية .

(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة) جبْراً (إذا زوّجهما الولى) الآتى ذكره (بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً) ؛ لوجود شرط الولاية ، وهو العجز بالصغر .

(والولى) فى النكاح (هو العصبة) بنفسه على ترتيب الإرث والحَجْبِ ؛ فيقدم ابن المجنونة على أبيها ؛ لأنه يحجبه حجب نقصان (فإن زوّجهما) أى الصغير والصغيرة (الأب أو الجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما) ولو كان بغبن فاحش أو من غير كفء ، إن لم يعرف منهما سوء الاختيار ؛ لأنهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم بمباشرتهما ، كما إذا باشرها برضاها بعد البلوغ (وإن زوجهما غير الأب والجد) من كفء وبمهر المثل (فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ) ولو بعد الدخول : (إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ)؛لأن

وَلاَ وِلاَيَةَ لِعَبْدٍ ، وَلاَ صَغِيرٍ ، وَلاَ مَجْنُونٍ ، وَلاَ كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ لِغَيْرِ الْعَصَبَاتِ مِنَ الأقَارِبِ التَّزْوِيجُ .
وَمَنْ لاَوَلِيَّ لَهَا إِذَا زَوَّجَهَا مَوْلاَهَا الَّذِى أَعْتَقَهَا جَازَ ،

ولاية غيرهما قاصرة لقصور شفقته ، فربما يتطرَّقُ خلل ؛ فيتدارك بخيار الإدراك ، قال فى الهداية : وإطلاق الجواب فى غير الأب والجد يتناول الأم والقاضى ، وهو الصحيح من الرواية ؛ لقصور الرأى فى أحدهما ونقصان الشفقة فى الآخر . انتهى . قيدنا بالكفء ومهر المثل لأنه لو كان فى غير كفء أو بغبن فاحش لا يصح أصلا كما فى التنوير وغيره .

(ولا ولاية لعبد ، ولا صغير ، ولا مجنون) ؛ لعدم ولايتهم على أنفسهم ، فبالأولى أن تثبت على غيرهم (ولا كافر على مسلمة) ولا مسلم على كافرة ، إلا أن يكون سيداً أو سلطانا ، وللكافر ولاية على مثله اتفاقا (وقال أبو حنيفة : يجوز لغير العصبات من الأقارب) كالأم والجدة والأخت والعمة والخال والخالة وغيرهم من ذوى الأرحام (التزويج) قال فى الهداية : معناه عند عَدَمِ العصبات، وهذا استحسان ، وقال محمد : لا يثبت ، وهو القياس ، وهو رواية عن أبى حنيفة وقول أبى يوسف فى ذلك مضطرب ، والأشهر أنه مع محمد ، قلت : قال فى الكافى : الجمهور على أن أبا يوسف مع أبى حنيفة ، وقال فى التبيين : وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى أكثر الروايات ، وعلى الاستحسان مشى المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة ، اهـ تصحيح .

* * *

(ومن لاولى لها) عصبة من جهة النسب (إذا زوجها مولاها الذى أعتقها جاز) ، لأنه عصبة من جهة السبب ، وهو آخر العصبات ، وإذا عدم الأولياء فالولاية للامام ؛ لأنه ولى من لاولى له .

وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَازَ لِمَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ أَنْ يُزَوِّجَ ، وَالْغَيْبَةُ الْمُنْقَطِعَةُ : أَنْ يَكُونَ فِي بَلَدٍ لَا تَصِلُ إِلَيْهِ الْقَوَافِلُ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً .

وَالْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ مُعْتَبَرَةٌ ، فَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ غَيْرَ كُفْءٍ فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا .

(وإذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج) ؛ لأن هذه ولاية نظرية ، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان، كما إذا مات الأقرب، ولو زوجها حيث هو نفذ، فأيهما عقد أولا نفذ ، لأنهما بمنزلة وليين، تساويين (والغيبة المنقطعة :أن يكون) الولى (فى بلد لا تصل إليه القوافل فى السنة إلا مرة واحدة) قال فى التصحيح : ذكره فى الينابيع عن أبى شجاع وصححه، وقال الإسبيجابى: ومنهم من قدره بمدة سفر، وهو الذى عليه الفتوى وفى الصغرى ذكر الفضلى أنه يفتى بالشهور، والصحيح بثلاثة أيام، وفى الهداية: وهو اختيار بعض المتأخرين، وفى التبيين :أكثر المتأخرين، منهم القاضى أبو على النسفى، ومحمد بن مقاتل الرازى، وأبو على السعدى، وأبو اليسر البزدوى ، والصدر الشهيد، وتبعهم النسفى ،وقيل: إن كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه، وهذا أقربُ إلى الفقه ، ونسب هذا فى الينابيع لمحمد بن الفضل ، قال: قيل: هو أقرب للصواب، وقال السرخسى فى المبسوط: وهو الأصح، قال الإمام المحبوبى: وعليه الأكثر، وصَدَّر به صدر الشريعة، قلت: وهذا أصح من تصحيح الينابيع . اهـ .

(والكفاءة فى النكاح معتبرة) من جانب الرجل، لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، فلابد من اعتبارها، بخلاف جانب المرأة، لأن الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش (فإذا تزوجت المرأة غير كفء) لها (فللأولياء)هم هنا العصبة كما فى التصحيح عن الخلاصة (أن يفرقوا بينهما) دفعاً لضرر العار عن أنفسهم ، قال فى التصحيح: وهذا ما لم تلد، وهذا على ظاهر الرواية، وعلى ما اختاره السرخسى

وَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النَّسَبِ وَالدِّينِ وَالْمَالِ ، وَهُوَ : أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ ، وَتُعْتَبَرُ فِي الصَّنَائِعِ ،

لا يصح العقد أصلا، قال الإسبيجابى : و إذا زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم يكن للباقين حق الاعتراض عند أبى حنيفة، وقالا : لهم ذلك ، والصحيح قول أبى حنيفة اهـ

(والكفاءة تعتبر فى النسب) ، لوقوع التفاخر به، فقريش بعضهم أكفاء لبعض، وبقية العرب بعضهم أكفاء لبعض، وليسوا بأكفاء لقريش ، والعجم ليسوا بأكفاء للعرب ، وهم أكفاء لبعضهم، والمعتبر فيهم الحرية والإسلام : فمسلم بنفسه أو مُعْتَق ليس بكفء لمن أبوها مسلم أو حر، ومن أبوه مسلم أو حر غير كفء لذات أبوين ، وأبوان فيهما كالآباء لتمام النسب بالجدِّ (و) تعتبر أيضاً فى (الدين) فليس الفاسق بكفء للصالحة أو بنت الصالح، قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وهو الصحيح ، لأنه من أعلى المفاخر ، والمرأة تعيَّر بفسق الزوج فوق ما تعير بضَعَة نسبه . اهـ تصحيح (و) تعتبر أيضاً فى (المال ، وهو : أن يكون مالكا للمهر والنفقة) قال فى الهداية : وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية، والمراد من المهر قدر ما تعارفوا تعجيله، وعن أبى حنيفة أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر ، وأما الكفاءة فى الغنى فمعتبرة فى قول أبى حنيفة ومحمد، قلت : وهذا خلاف ظاهر الرواية ، قال الإمام المحبوبى : والقادر عليهما كفء لذات أموال عظيمة وهو الصحيح ، اهـ تصحيح (وتعتبر) الكفاءة أيضاً (فى الصنائع) قال فى الهداية : وهذا عند أبى يوسف ومحمد، وعن أبى حنيفة روايتان ، وعن أبى يوسف : لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجَّام والحائك ، وقال الزاهدى : وعن أبى يوسف وأظهر الروايتين عن أبى حنيفة لا يعتبر إلا أن يفحش ؛ وذكر فى شرح الطحاوى أن أرباب الصناعات المتقاربة أكفاء ؛ بخلاف المتباعدة ؛ وهذا مختار المحبوبى ، قال : وحرفة حائك أو حجَّام أو كنَّاس أو دبَّاغ ليست بكفء لعطار أو بزاز أو صراف ، وبه يفتى ، اهـ تصحيح .

وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ وَنَقَصَتْ مِنْ مَهْرِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ الِاعْتِرَاضُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُتِمَّ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا أَوْ يُفَارِقَهَا .

وَإِذَا زَوَّجَ الْأَبُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ وَنَقَصَ مِنْ مَهْرِهَا أَوِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ وَزَادَ فِي مَهْرِ امْرَأَتِهِ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ .

وَيَصِحُّ النِّكَاحُ إِذَا سَمَّى فِيهِ مَهْراً ، وَيَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ فِيهِ مَهْراً .

وَأَقَلُّ الْمَهْرِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، فَإِنْ سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَلَهَا الْعَشَرَةُ ،

(وإذا تزوجت المرأة)من كفء (ونقصت من مهرها)أى مهرمثلها(فللأولياء الاعتراض عليها عند أبى حنيفة حتى يتم) الزوج (لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالا : ليس لهم ذلك ، ورُجِّح دليله ، واعتمد الأئمة المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح .

(وإذازوج الأب)أوالجد عندفقد الأب (ابنته الصغيرةونقص من مَهْرها أو ابنَهُ الصَّغيرَ وزادفى مهر امرأته)أى من مهر أمثالها (جاز ذلك عليهما) ، لأن الأب كامل الرأى والشفقة،فالظاهر أنه لم يحطَّ من مهرولم يزدإلالمنفعة تربوعلى ذلك ، وكذلك الجد ، قال الإسبيجابى : وهذا قول أبى حنيفة ، وقالا : لايجوز ، والصحيح قول الأمام ، واختاره المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وغيرهم ، اه تصحيح (ولايجوز ذلك) العقد (لغير الأب والجد) أب الأب لنقصان الشفقة فى غيرهما ، فولايتهم مقيدة بشرط النظر ، فعند فوَاته يبطل العقد .

(ويصح النكاح إذا سمى فيه مهراً) ويلزم المسمى إذا كان عشرة فأ كثر ، (ويصح) النكاح أيضاً(وإن لم يسم فيه مهراً) ، لأنه واجب شرعاً إظهاراً لشرف المحل ، فلايحتاج إلى ذكره فى صحة النكاح ؛ وكذابشرط أن لامهرلها؛لمابيناهداية

(وأقل المهرعشرة دراهم)وزن سبعة مثاقيل؛سواء كانت مضروبة أوغيرمضروبة ، أو ماقيمته عشرة دراهم يوم العقد (فإن سمى أقل من عشرة فلها العشرة) بالوطء .

وَمَنْ سَمّى مَهْراً عَشَرَةً فَمَا زَادَ فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ والْخَلْوَةِ فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً أَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ لاَ مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا الْمُتْعَةُ وَهِيَ ثَلاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كُسْوَةِ مِثْلِهَا ،

أو للموت ، وخمسة بالطلاق قبل الدخول (ومن سمى مهراً عشرة فما زاد) أى فأكثر (فعليه المسمى إن دخل) أو خلا (بها) خلوة صحيحة (أو مات عنها) أوماتت عنه لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل ، و به يتأكد البدل، و بالموت ينتهى النكاح والشىء بانتهائه يتأكد و يتقرر بجميع مَوَاجبه (و إن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى) إن كان المسمى عشرة فأكثر ، و إلا كان لها خمسة كما مر (فإن تزوجها ولم يسم لها مهراً) أى سكت عن ذكر المهر (أو تزوجها على أن لا مهر لها) أى بشرط أن لا مهر لها وهى مسألة المفوضة (فلها مهر مثلها إن دخل) أو خلا (بها أو مات عنها) أو ماتت عنه كما مر، لأن المهر ابتداء حقُّ الشرع، فلا تملك نفيه ، و إنما يصير حقها حالة البقاء ، فتملك الإبراء منه (و إن طلقها قبل الدخول) والخلوة (بها فلها المتعة وهى ثلاثة أثواب) دِرْع وخمار وملحفة (من كسوة مثلها) لكن لا تزيد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ، قال فى الينابيع : وهى على اعتبار حال المرأة فى اليسار والإعسار ، هذا هو الأصح ، وقال فى الهداية : قوله « من كسوة مثلها» أشار إلى أنه يعتبر حالها ، وهو قول الكرخى فى المتعة الواجبة، لقيامها مقام مهر المثل، والصحيح أنه يعتبر حاله ، عملا بالنص ، وهو قوله تعالى: «على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ومثله فى التحفة والمجتبى ، قلت: تصحيح الينابيع أولى ، لإشارة الكتاب، ولاتفاقهم على أن المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل ، لأنها خَلَفُه ، ولا تنقص عن خمسة دراهم، ولو اعتبر حاله لناقض هذا ، والنص الذى ذكره فى المتعة قيل : إنه فى المستحبة ، لظواهر النصوص ، و تمامه فى التصحيح .

وَإِنْ تزَوَّجَ الْمُسْلِمُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا .

وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً ثُمَّ تَرَاضَيَا عَلَى تَسْمِيَةِ مَهْرٍ فَهُوَ لَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا الْمُتْعَةُ .

وَإِنْ زَادَهَا فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ ، وَتَسْقُطُ بِالطَّلاَقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَإِنْ حَطَّتْ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الْحَطُّ ،

وَإِذَا خَلاَ الزَّوْجُ بِامْرَأَتِهِ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنَ الْوَطْءِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ ، وَإِنْ كَانَ

(وإن تزوج المسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز) لما مر أنه يصح من غير تسمية ، فمع فسادها أولى (ولها مهر مثلها) ؛ لأنه لما سمى ماليس بمال صار كأنه سكت عن التسمية .

(وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية مهر) بعد العقد، أوفرضها القاضي (فهو لها إن دخل بها أو مات عنها) ؛ لصحة التسمية باتفاقهما على تعيين ماوجب بالعقد ؛ فتستقر بهذه الأشياء (و إن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) ؛ لأن ما تراضيا عليه تعين للواجب بالعقد، وهو مهر المثل ، ومهر المثل لا يتنصف ؛ فكذا ما نزل منزلته

(وإن زادها فى المهر بعد العقد) وقبلت المرأة (لزمته الزيادة) لتراضيهما (وتسقط) الزيادة (بالطلاق قبل الدخول) ؛ لأنها لم تكن مُسَمَّاة فى أصل العقد والتنصيف مختص بالمفروض فى العقد ، وقال أبو يوسف : تتنصف مع الأصل ؛ لأنها تلتحق بأصل العقد .

(وإن حطت) المرأة (عنه) أى الزوج (من مهرها) المسمى فى العقد ولو كله (صح الحط) ؛ لأنه حقها بقاء كما مر ، سواء قبل الزوج أولا ، و يرتد بالرد كما فى البحر .

(و إذا خلا الزوج بامرأته وليس هناك مانع من الوطء) حسى أو شرعى (ثم طلقها فلها كمال المهر) ؛ لأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع ، وذلك وُسْعُها؛ فيتأكد حقها فى البدل ، اعتباراً بالبيع ، هداية (وإن كان) مانع حسى : بأن

أَحَدُهُمَا مَرِيضاً أَوْ صَائِماً فِي رَمَضَانَ أَوْ مُحْرِماً بِفَرْضٍ أَوْ نَفْلٍ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ أَوْ كَانَتْ حَائِضاً فَلَيْسَتْ بِخَلْوَةٍ صَحِيحَةٍ ، وَإِذَا خَلَا الْمَجْبُوبُ بِامْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَالُ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَتُسْتَحَبُّ الْمُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إِلاَّ لِمُطَلَّقَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهِيَ : الَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً ،

كان (أحدهما مريضاً) مرضاً يمنع الوطء ، أو صغيراً لا يمكن معه الجماع ، أو كان بينهما ثالث ولو نائما أو أعمى ، إلا أن يكون صغيراً لا يعقل الجماع ، أو كانت رتقاء أو قرناء أو ذات عضلة (أو) كان مانع شرعى : بأن كان أحدهما (صائما فى رمضان) خرج صوم غيره ، وهذا هو الأصح ، نص عليه فى زاد الفقهاء والينابيع والهداية . تصحيح (أو محرما بفرض أو نفل بحج أو عمرة) ؛ لما يلزمه من لدم وفساد النسك والقضاء (أو كانت حائضا فليست بخلوة صحيحة) ؛ لوجود أحد الموانع المذكورة (وإذا خلا المجبوب) وهو الذى استؤصل ذكره وخصيتاه (بامرأته ثم طلقها) من غير مانع (فلها كال المهر عند أبى حنيفة) ؛ لأنها أتت بأقصى مافى وسعها ، وليس فى هذا العقد تسليم يرجى أكمل من هذا ؛ فكان هو المستحق ، وقالا : لها نصف المهر ؛ لأن عذره فوق عذر المريض ، قال فى التصحيح : والصحيح قوله ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى وغيرهما . اهـ قيد بالمجبوب لأن خلوة الخصى والعنين توجب كال المهر اتفاقا .

(وتستحب المتعة لكل مطلقة) دفعاً لوحشة الفراق عنها (إلا لمطلقة واحدة ، وهى : التى طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً) وهى المفوضة ؛ فإن متعتها واجبة ؛ لأنها بدل عن نصف مهر المثل كما مر ، وفى بعض النسخ « وقد سمى لها مهراً » قال فى التصحيح : هكذا وجد فى كثير من النسخ ، ويتكلف فى الجواب عنه ، وقال نجم الأئمة : المكتوب فى النسخ « ولم يسم لها مهراً » قال فى الدراية : ضبطه كذلك غير واحد ، وقد صححه ركن الأئمة الصباغى فى شرحه لهذا الكتاب ، وكتب فوقه وتحته وقدامه « صح » ثلاث مرات ، وأشار إلى أن هذا من النساخ

وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الرَّجُلُ أُخْتَهُ أَوِ ابْنَتَهُ لِيَكُونَ أَحَدُ الْعَقْدَيْنِ عِوَضًا عَنِ الْآخَرِ فَالْعَقْدَانِ جَائِزَانِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ مِثْلِهَا .

وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ حُرَّةً بِإِذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهَا سَنَةً جَازَ ،

وقال فى الينابيع: المذكور فى الكتاب غلط من الناسخ ، وقد زعم صحة هذه النسخة شيخ الإسلام ركن الأئمة الدامغانى ونجم الأئمة الحفصى ؛ فكتب إليهما أبو الرجاء «إن هذه خلاف المذكورة فى التفسير والأصول والشروح ؛ فإنه ذكر فى الكشاف وتفسير الحاكم وغيرهما أن المتعة مستحبة للتى طلقها قبل الدخول ، وقد سمى لها مهرا ، وذكر فى الأصل والإسبيجابى فى موضعين وزاد الفقهاء وغيرها أنها يستحب لها المتعة ، فلا يصح استثناؤها من الاستحباب ، بخلاف المفوضة فإنها مستثناة من الاستحباب بالوجوب» فاستصوبا ذلك ، واتفقوا على أن المستثناة هى التى طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا . اه .

(وإذا زوج الرجل ابنته) أو أخته (على أن يزوجه الرجل) الآخر (أخته أو ابنته ؛ ليكون) أى على أن يكون (أحد العقدين عوضاً عن) العقد (الآخر فالعقدان جائزان) ؛ لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، (ولكل واحدة منهما مهر مثلها) ؛ لفساد التسمية بما لا يصلح صداقا ، كما إذا سمى الخمر والخنزير ويسمى هذا نكاح الشغار ، لخلوه عن المهر .

(وإذا تزوج حر امرأة) حرة أو أمة (على خدمته) لها (سنة) مثلا (أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها) ؛ لعدم صحة التسمية بما ليس بمال ، ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح ؛ لما فيه من قلب الموضوع (وإن تزوج عبد حرة بإذن مولاه على خدمتها سنة) مثلا (جاز) ؛ لأن خدمة العبد مال ، لتضمنه تسليم رقبته ، بخلاف الحر .

وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَجْنُونَةِ أَبُوهَا وَابْنُهَا فَالْوَلِيُّ فِي نِكَاحِهَا ابْنُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : أَبُوهَا .

وَلاَ يَجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ إِلاَّ بِإِذْنِ مَوْلاَهُمَا ، وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلاَهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ ، وَإِذَا زَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ ، وَلَكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى ، وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ : مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا وَطِئْتَهَا .

وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لاَ يُخْرِجَهَا مِنَ الْبَلَدِ ، أَوْ عَلَى أَنْ لاَ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَى بِالشَّرْطِ فَلَهَا الْمُسَمَّى ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا

(وإذا اجتمع فى المجنونة أبوها وابنها فالولى فى نكاحها ابنها عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لأنه هو المقدَّمُ فى العصوبة ، وهذه الولاية مبنية عليها (وقال محمد : أبوها) ؛ لأنه أوفر شفقة من الابن ، قال فى التصحيح : واعتمد قولهما المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اه .

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) لأن فى تنفيذ نكاحهما تعيُّبهما ؛ إذ النكاح عيب فيهما ، فلايملكانه بدون إذن المولى (وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين فى رقبته يباع فيه) : أى المهر ، مرة واحدة ، فإن لم يف به لم يبع ثانياً ، وإنما يطالب به بعد العتق (وإذا زوج المولى أمته فليس عليه أن يبوِّئها بيت الزوج) أى يخلِّيَ بينه وبينها فى بيته ، وإن شرطه فى العقد (ولكنها تخدم المولى ، ويقال للزوج : متى ظفرت بها وطئتها) ولكن لا نفقة لها إلا بهاء ، فإن بوأها ثم رجع صح وسقطت النفقة .

(وإذا تزوج امرأة على ألف درهم على) : أى بشرط (أن لا يخرجها من البلد ، أوعلى أن لا يتزوج عليها)أوعلى ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها (فإن وفى بالشرط فلها المسمى) وهو الألف ؛ لرضاها به (وإن) لم يف بالشرط : بأن (تزوج عليها)

أَوْ أَخْرَجَهَا مِنَ الْبَلَدِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا.

وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ، وَلَهَا الْوَسَطُ مِنْهُ، وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ: إِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا قِيمَتَهُ.

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا.

وَنِكَاحُ الْمُتْعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ بَاطِلٌ،

أخرى (أو أخرجها من البلد فلها مهر مثلها)؛ لأنه سمى مالها فيه نفع، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف، لكن لا ينقص عن الألف، ولا يزاد على ألفين في المسألة التي زدناها على المتن؛ لاتفاقهما على ذلك، ولو طلقها قبل الدخول تنصَّفَ المسمى في المسألتين، لسقوط الشرط، كما في الدر.

(وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف) قال في الهداية: معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان، دون الوصف: بأن يتزوجها على فرس، أو حمار، أما إذا لم يسم الجنس: بأن تزوجها على دابة ـ لا تجوز التسمية، ويجب مهر المثل. اهـ (صحت التسمية، ولها الوسط منه) أي من الجنس المسمى (والزوج مخير: إن شاء أعطاها ذلك) الوسط (وإن شاء أعطاها قيمته)؛ لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة، فصارت القيمة أصلا في حق الإيفاء، والوسط أصلٌ تسميةً؛ فيتخير بينهما، هداية.

(ولو تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر مثلها) قال في الهداية: معناه ذكر الثوب، ولم يزد عليه، ووجهه أن هذه جهالة الجنس؛ إذ الثياب أجناس، ولو سمى جنساً بأن قال «هروى» تصح التسمية، ويخير الزوج؛ لما بينا، وكذا إذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته، وإن سمى جنسه وصفته لا يخير؛ لأن الموصوف منها ثبت في الذمة ثبوتا صحيحا، اهـ.

(ونكاح المتعة) وهو أن يقول لامرأة: أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال (و) النكاح (المؤقت) وهو: أن يتزوج امرأة عشرة أيام مثلا (باطل) أما الأول

وَتَزْوِيجُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُمَا مَوْقُوفٌ : فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَوْلَى جَازَ ، وإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَةً بِغَيْرِ رِضَاهَا أَوْ رَجُلاً بِغَيْرِ رِضَاهُ .

وَيَجُوزُ لِابْنِ الْعَمِّ أَنْ يُزَوِّجَ بِنْتَ عَمِّهِ مِنْ نَفْسِهِ ، وإِذَا أَذِنَتِ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ جَازَ .

فبالإجماع ، وأما الثانى فقال زفر : هو صحيح لازم؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، ولنا أنه أتى بمعنى المتعة ، والعبرة فى العقود للمعانى ، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التوقيت أو قصرت ؛ لأن التوقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد، هداية

(وتزويج العبد والأمة) أى تزويج الفضولىّ لهما (بغير إذن مولاهما موقوف) على إجازته (فإن أجازهُ المولى جاز) العقد (وإن رده بطل) وليس هذا بتكرار لقوله « ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما » المار ؛ لأن ذاك فيما إذا باشرا العقد بأنفسهما ، وهنا بمباشرة الفضولى ؛ كما يدل لذلك قوله (وكذلك) : أى يكون التزويج موقوفاً على رضا الأصيل (لو زوج رجل) فضولى (امرأة بغير رضاها) أى إذنها (أو) زوج (رجلا بغير رضاه) ؛ لأنه تصرف فى حق الغير ، فلا ينفذ إلا برضاه ، وقد مر فى البيوع توقف عقوده كلها إن كان لها مجيز وقت العقد وإلا تبطل .

(ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه) الصغيرة (من نفسه) إذا كانت الولاية له ، فيكون أصيلا من جانب ووليا من آخر ، وكذا لو كانت كبيرة وأذنت له أن يزوجها من نفسه (وإذا أذنت المرأة لرجل أن يزوجها من نفسه) أو ممن يتولى تزويجه أو ممن وكله أن يزوجه منها (فعقد) الرَّجل عقدها حسبما أذنت له (بحضرة شاهدين جاز) العقد ، ويكون وكيلا من جانب وأصيلا أو ولياً أو وكيلا من آخر ، وقد يكون وليا من الجانبين : كأن يزوج بنته من ابن أخيه ، قال فى الهداية : وإذا تولى طرفيه فقوله « زوجت » يتضمن الشطرين ، ولا يحتاج إلى القبول . اهـ .

وَإِذَا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ ، وَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ فِي مُطَالَبَةِ زَوْجِهَا أَوْ وَلِيِّهَا .

وَإِذَا فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ الْخَلْوَةِ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لَا يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى ، وعَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا .

وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا ،

(وإذا ضمن الولى) : أى ولى الزوجة، وكذا وكيلها (المهر) لها (صح ضمانه) لأنه من أهل الالتزام ، والولىُّ والوكيل فى النكاح سفير ومعبر ، ولذا ترجع حقوقه إلى الأصيل (والمرأة الخيار فى مطالبة زوجها أو وليها) اعتباراً بسائر الكفالات، ويرجع الولى إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم فى الكفالة ، هداية .

(و إذا فرق القاضى بين الزوجين فى النكاح الفاسد) وهو: الذى فقد شرطاً من شروط الصحة كعدم الشهود ، وكان التفريق (قبل الدخول) بها فلا مهر لها) ؛ لأن النكاح الفاسد لاحكم له قبل الدخول (وكذلك بعد الخلوة) ؛ لفسادها بفساد النكاح ؛ لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكين فلا تقام مقام الوطء (و إن دخل بها فلها مهر مثلها) ؛ لأن الوطء فى دار الإسلام؛ فلا يخلو عن عَقْر ـ بالفتح ـ أى حد زاجر ، أو عُقْر ـ بالضم ـ أى مهر جابر ، وقد سقط الحدُّ بشبهة العقد ، فيجب مهر المثل ، ولكن (لا يزاد على المسمى) لرضاها به (وعليها العدة) إلحاقاً للشبهة بالحقيقة فى موضع الاحتياط ، وتحرزا عن اشتباه النسب ، ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لامن آخر الوطآت ، وهو الصحيح؛لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق . هداية (ويثبت نسب ولدها منه) ؛ لأن النسب يُحتاط فى إثباته صيانة الولد عن الضياع ، قال فى الهداية : وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد ، وعليه الفتوى ، اهـ ومثله فى قاضيخان .

(ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات عمها) ، لأنهم قوم أبيها، والإنسان

ولاَ يُعْتَبَرُ بأُمّهَا وخَالَتِهَا إذا لَمْ يَكُونَا مِنْ قَبِيلَتِهَا ، ويُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ المِثْلِ : أَنْ تَتَسَاوى المَرْأتَانِ فِي السِّنِّ ، والجَمَالِ ، والْعِفَّةِ ، والمَالِ ، والعَقْل ، وَالدِّينِ ، والْبَلَدِ ، والْعَصْرِ .

وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الأَمَـةِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً ، ولاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً عَلَى حُرَّةٍ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْحُرَّةِ عَلَيْهَا .

وَلِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجُ أَرْبعاً مِنَ الْحَرَائِرِ والإِمَاءِ ، ولَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، ولاَ يَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ أَكْثَرَ مِنَ اثْنَتَـيْنِ ، فإِنْ طَلَّقَ الْحُرُّ إِحْدَى الْأَرْبَعِ طَلاَقاً بائِناً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَابِعَةً حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا

من جنس قوم أبيه (ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم يكونا من قبيلتها) ، لأن المهر يختلف بشرف النسب ، والنسب يعتبر من جانب الأب ، فإن كانت الأم من قوم الأب بأن كانت بنت عمه اعتبر بمهرها ، لأنها من قوم أبيها (ويعتبر في مهر المثل : أن تتساوى المرأتان فى السن والجمال والعفة والمال والعقل والدين والبلد والعصر) وبكارة وثُيُوبة ، وعلماً ، وأدباً ، وحسن خلق ؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، وهذا فى الحرة ، وأما الأمة فبقدر الرغبة فيها كما فى الفتح

(ويجوز) للحر (تزويج الأمة) الرقيقة (مسلمة كانت أو كتابية) ولو مع طَوْلِ الحرة (ولا يجوز أن يتزوج أَمَةً على حرة) ولو برضاها ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأمة على الحرة » هداية ، وكذا فى عدتها ، ولو من بائن (ويجوز تزويج الحرة عليها) : أى الأمة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « وتنكح الحرة على الأمة » ، ولأنها من المحللات فى جميع الحالات ، هداية .

(وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء ، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) وله التسرى بما شاء من الإماء (ولا يتزوج العبد أكثر من اثنتين) مطلقاً ، لأن الرق منصِّف ، ويمتنع عليه التسرى ، لأنه لا يملك (فإن طلق الحر إحدى الأربع) ولو (طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضى عدتها) ؛ لأن

وَإِذَا زَوَّجَ الْأَمَةَ مَوْلاهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الْخِيَارُ ، حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْداً ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبَةُ .

وَإِنْ تَزَوَّجَتْ أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاَهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ صَحَّ النِّكَاحُ وَلاَ خِيَارَ لَهَا

وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ إِحْدَاهُمَا لاَ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الَّتِي يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا وَبَطَلَ نِكَاحُ الْاخْرَى .

وَإِنْ كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ فَلاَ خِيَارَ

نكاحها باقٍ من وجه ببقاء بعض الأحكام ، بخلاف ما إذا ماتت ، فإنه يجوز له ، لانقطاع النكاح بالكلية .

(وإذا زوج الأمة مولاها) أو تزوجت بإذنه (ثم أعتقت فلها الخيار) بين القرار والفرار (حراً كان زوجها أو عبداً) دفعاً لزيادة الملك عليها بطلقة ثالثة (وكذلك) حكم (المكاتبة) ، لوجود العلة فيها ، وهي زيادة الملك عليها ، ويقتصر خيارها على مجلس علمها بالعتق إذا كانت تعلم أن لها الخيار، فإن علمت بالعتق ولم تعلم بالخيار ثم علمت به في مجلس آخر فلها الخيار في ذلك المجلس .

(وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح) ؛ لأنها من أهل العبارة ، وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) ، لأن النفوذ بعد العتق ، فلا يتحقق زيادة الملك عليها .

(ومن تزوج امرأتين في عقد واحدة) وكانت (إحداهما لا يحل له نكاحها) بأن كانت محرماً له ، أو ذات زوج ، أو وثنية (صح نكاح التي يحل له نكاحها وبطل نكاح الأخرى) ، لأن المبطل في إحداها ، فيقتصر عليها ، بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع ، لأنه يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف النكاح ، ثم جميع المسمى للتي تحل له عند أبي حنيفة ، وعندهما يقسم على مهر مثليهما، هداية .

(وإن كان بالزوجة عيب) كجنون أو جُذَام أو بَرَص أو رَتَق أو قَرَن (فلا خيار

لِزَوْجِهَا ، وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَلَا خِيَارَ لِلْمَرْأَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَهَا الْخِيَارُ ، فَإِنْ كَانَ عِنِّينًا أَجَّلَهُ الْحَاكِمُ حَوْلًا ، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِنْ طَلَبَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ . وَالْفُرْقَةُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ، وَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَدْ خَلَا بِهَا ، وَإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا فِي الْحَالِ وَلَمْ يُؤَجِّلْهُ ،

لزوجها) ؛ لما فيه من الضرر بها بإبطال حقها ، ودفع ضرر الزوج ممكن بالطلاق أو بنكاح أخرى (و) كذا (إذا كان بالزوج) عيب (جنون أو جذام أو برص فلا خيار للمرأة عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ؛ لأن المستحَقَّ على الزوج تصحيح مهرها بوطئه إياها ، وهذا موجود (وقال محمد : لها الخيار) دفعاً للضرر عنها كما فى الجب والعنة ، قال فى التصحيح : والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، ومشى عليه الإمام المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ (و إن كان) الزوج (عنينا) وهو : مَنْ لا يصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى بعض النساء دون بعض ، فهو عنين فى حق مَنْ لا يصل إليها ، فإذا رفعته إلى الحاكم (أجله الحاكم) المُوَلَّى (حولا) تاما؛ لاشتماله على الفصول الأربعة (فإن وصل إليها) مرة فى ذلك الحول فبها (وإلا فرق) القاضى (بينهما إن طلبت المرأة ذلك) وأبىَ الزوجُ الطلاق ، قال فى التصحيح : فلو مرض أحدهما مرضا لا يستطاع معه الجماع عن محمد لا يحسب الشهر وما دونه يحسب ، وهو أصح الأقاويل . ولو تزوج امرأة تعلم حاله مع التى قبلها، الصحيحُ أن لها حق الخصومة اهـ (و) هذه (الفرقة تطليقة)؛ لأنها بسبب من جهة الزوج (بائنة)؛لأن مشروعيتها لتملك نفسها، ولا تملك نفسها بالرَّجْعَة (ولها كمال المهر إن كان قد خلا بها)خلوة صحيحة ؛ لأن خلوة العنين صحيحة تجب بها العدة ، و إن تزوجها بعد ذلك أو تزوجته وهى تعلم أنه عنين فلا خيار لها وإن كان عنينا وهى رتقاء لم يكن لها خيار كما فى الجوهرة (و إن كان) الزوج (مجبوبا) أو مقطوع الذكر فقط وطلبت المرأة الفرقة (فرق القاضى بينهما فى الحال ولم يؤجله)

وَالْخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كَمَا يُؤَجَّلُ الْعِنِّينُ ،

وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ عَرَضَ عَلَيْهِ الْقَاضِي الْإِسْلَامَ ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِنْ أَبَى عَنِ الْإِسْلَامِ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ ذَلِكَ طَلَاقًا بَائِنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : هِيَ فُرْقَةٌ بِغَيْرِ طَلَاقٍ .

فَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرَضَ عَلَيْهَا الْإِسْلَامَ ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِنْ أَبَتْ فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ تَكُنْ هَذِهِ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا ،

لعدم الفائدة فيه (والخصى) والذى سُلَّتْ خصيتاه وبقيت آلته ، إذا كانت لاتنتشر آلته (يؤجل كما يؤجل العنين) ؛ لاحتمال الانتشار والوصول .

(وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) وهو يعقل الإسلام (عرض عليه القاضى الإسلام ؛ فإن أسلم فهى امرأته) ؛ لعدم المنافى (وإن أبى عن الإسلام فرق) القاضى (بينهما) ؛ لعدم جواز بقاء المسلمة تحت الكافر (وكان ذلك) التفريق (طلاقاً بائناً عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هى فرقة من غير طلاق) والصحيح قولها ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ تصحيح . قيدنا بالذى يعقل الإسلام لأنه لو لم يعقل لصغره أو جنونه عرض الإسلام على أبويه فإن أسلم أحدهما وإلا فرق بينهما .

(وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض) القاضى (عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهى امرأته ، وإن أبت) عن الإسلام (فرق القاضى بينهما) ، لأن نكاح المجوسية حرام ابتداء وبقاء (ولم تكن هذه الفرقة طلاقا) لأن الفرقة بسبب من قبلها والمرأة ليست بأهل للطلاق (فإن كان) الزوج (قد دخل بها فلها المهر) المسمى ، لتأكده بالدخول ، فلا يسقط بعدُ بالفرقة (وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها .

وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَمْ تَقَعِ الْفُرْقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ ، فَإِذَا حَاضَتْ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا .

وَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجُ الْكِتَابِيَّةِ فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا .

وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مِنْ دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِماً وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ سُبِيَ أَحَدُهُمَا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ سُبِيَا مَعًا لَمْ تَقَعِ الْبَيْنُونَةُ ، وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً جَازَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ ، وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ،

(وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب لم تقع الفرقة عليها) بمجرد الإسلام ، بل (حتى) تنقضى عدتها : بأن (تحيض ثلاث حيض) إن كانت من ذوات الحيض ، أو تمضى ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ، أو تضع حملها إن كانت حاملا ، وذلك عدتها ؛ لأن إسلامه مَرْجُوٌّ ، والعرض عليه متعذر ، فنزل منزلة الطلاق الرجعى (فإذا) انقضت عدتها بأن (حاضت) ثلاث حيض ، أو مضت أشهرها ، أو وضعت حملها (بانت من زوجها) ولا فرق فى ذلك بين المدخولة وغيرها ، ثم إن كانت الفرقة قبل الدخول فلا عِدَّةَ عليها اتفاقا ، وإن كانت بعده فكذلك عند أبى حنيفة ، وعندهما لا بد لها من عدة أخرى ، وتمامه فى معراج الدراية .

(وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ، لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء ، فبقاء أولى .

(وإذا خرج أحد الزوجين إلينا)أى إلى دار الإسلام (من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما) لتباين الدار (و) كذلك (إن سبى أحدهما وقعت البينونة بينهما) لما قلنا (وإن سبيا معاً لم تقع البينونة) بينهما ؛ لعدم تباين الدار ، وإنما حدث الرق ، وهو غير منافٍ للنكاح (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) من دار الكفر (جاز لها أن تتزوج) حالا (ولا عدة عليها عند أبى حنيفة) لقوله تعالى: «ولا تُمْسِكوا

فَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ،

وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الْإِسْلَامِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ ، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الْمُرْتَدَّ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ هِيَ الْمُرْتَدَّةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَتِ الرِّدَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا الْمَهْرُ ، وَإِنِ ارْتَدَّا مَعاً وَأَسْلَمَا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ،

بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ » وفى لزوم العدة عليها تَمَسُّكٌ بعصمته ، وقالا : عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول بدار الإسلام ، قال فى التصحيح : والصحيح قوله ، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة. اه (وإن كانت) المهاجرة (حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها)، لأن الحمل ثابت النسب فيمنع صحة النكاح، قال فى الهداية: وعن أبى حنيفة أنه يصح النكاح ، ولا يقربها زوجها حتى تضع كما فى الحبلى من الزنا ، قال الإسبيجابى : والصحيح الأول .

(وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام) والعياذ بالله تعالى (وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : إن كانت الردة من الزوج فهى فرقة طلاقٍ ، واعتمد قولهما المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة، اه (فإن كان الزوج هو المرتد) كان (قد دخل بها فلها كمال المهر) ؛ لأنه قد استقر بالدخول (وإن كان لم يدخل بها) بعدُ (فلها نصف المهر) ؛ لأنها فرقة حصلت من الزوج قبل الدخول ، وهى مُتَنَصِّفَةٌ (وإن كانت المرأة هى المرتدة) وكانت الردة (قبل الدخول فلا مهر لها) ؛ لأنها منعت المعقود عليه بالارتداد ، فصارت كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض (وإن كانت الردة بعد الدخول) بها (فلها المهر) كاملا؛ لما مر أن الدخول فى دار الإسلام لا يخلو عن عَقْر أو عُقر (وإن ارتدا معاً) أو لم يعلم السبق (وأسلما معاً) كذلك (فهما على نكاحهما) استحساناً ؛ لعدم اختلاف دينهما .

وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمَةً وَلا كَافِرَةً وَلا مُرْتَدَّةً، وَكَذَلِكَ الْمُرْتَدَّةُ لاَ يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ وَلا كَافِرٌ وَلاَ مُرْتَدٌّ ،

وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِماً فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ صَارَ وَلَدُهُ مُسْلِماً بِإِسْلاَمِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الأَبَوَيْنِ كِتَابِيًّا وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا فَالْوَلَدُ كِتَابِيٌّ .

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْكَافِرُ بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةِ الْكَافِرِ وَذَلِكَ فِي دِينِهِمْ جَائِزٌ ثُمَّ أَسْلَمَا أُقِرَّا عَلَيْهِ ، وَإِذَا تَزَوَّجَ الْمَجُوسِيُّ أُمَّهُ أَوِ ابْنَتَهُ ثُمَّ أَسْلَمَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ،

(ولا يجوز أن يتزوج) الرجل (المرتد) امرأة (مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لأنه مستحق للقتل ،والإمهال إنما هو ضرورة التأمل (وكذلك المرتدة لا يتزوجها) أى لا يجوز أن يتزوجها (مسلم ولا كافر ولا مرتد) لأنها محبوسة للتأمل .

(وإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) ؛ لأن فى ذلك نظراً للولد، والإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه (وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير) أو مجنون (صار ولده مسلماً بإسلامه) لما قلنا (وإن كان أحد الأبوين كتابيا و) كان (الآخر مجوسيا) أو وثنيا ونحوه (فالولد كتابى) ؛ لأن فيه نوع نظر؛ لأنه أقرب إلى الإسلام فى الأحكام ، كحل مناكحته وذبيحته .

(وإن تزوج الكافر بغير شهود أو فى عدة كافر، وذلك فى دينهم جائز، ثم أسلما أقرا عليه) قال فى زاد الفقهاء : أما قوله « فى عدة كافر» فهو قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر : لا يُقَرَّانِ عليه ، والصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ تصحيح . قيد بعدة الكافر لأنه لو كانت من مسلم فرق بينهما ؛ لأن المسلم يعتقد العدة بخلاف الكافر (وإذا تزوج المجوسى أمهُ أو ابنته) أو غيرهما ممن لا يحل نكاحها (ثم أسلما) أو أحدهما أو ترافعا إلينا وهما على الكفر (فرق بينهما) ؛ لعدم المحلية ؛ للمحرمية ، وما يرجع إلى المحل

وَإِذَا كان لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمَا فِي الْقَسْمِ ، بِكْرَيْنِ كانَتَا أو ثَيِّبَتَيْنِ أو إِحْدَاهُمَا بِكْراً وَالأُخْرَى ثَيِّباً ، وَإِنْ كانَتْ إِحْدَاهُمَا حُرَّةً وَالأُخْرَى أَمَةً فَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثَانِ مِنَ الْقَسْمِ وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ ، وَلا حَقَّ لَهُنَّ فِي الْقَسْمِ حالَةَ السَّفَرِ ، وَيُسَافِرُ الزَّوْجُ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ، وَالأَوْلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ فَيُسَافِرَ بِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا ، وَإِنْ رَضِيَتْ إِحْدَى الزَّوْجَاتِ بِتَرْكِ قِسْمِهَا .

يستوى فيه الابتداء والبقاء ، بخلاف ما مر . درر .

(وإذا كان لرجل امرأتان حرتان) أو أمتان (فعليه أن يعدل بينهما فى القسم) فى البيتوتة والملبوس والمأكول والصحبة (بكرين كانتا أو ثيبتين أو) كانت (إحداهما بكراً والأخرى ثيبا) لقول النبى صلى الله عليه وسلم : «من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل» ولا فصل فيما رويناه ، والقديمة والجديدة سواء ؛ لإطلاق مارويناه ، ولأن القَسْمَ من حقوق النكاح ، ولا تفاوت بينهن فى ذلك ، والاختيار فى مقدار الدور إلى الزوج ؛ لأن المستحَقَّ هو التسوية دون طريقها ، والتسوية المستحقة فى البيتوتة ، لا فى المجامعة ؛ لأنها تبنى على النشاط هداية (وإن كانت إحداهما حرة و) كانت (الأخرى أمة فللحرة) : أى كان عليه للحرة (الثلثان من القسم ، و) كان (للأمة الثلث) بذلك ورد الأثر ، ولأن حق الأمة أنقص من حق الحرة ، فلابد من إظهار النقصان فى الحقوق . والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة ، لأن الرق فيه قائم (ولاحق لهن) أى الزوجات (فى القسم حالة السفر) دفعاً للحرج (فيسافر الزوج بمن شاء منهن) ، لأن له أن يستصحب واحدة منهن ، فكان له أن يسافر بواحدة منهن (و) لكن (الأولى أن يقرع بينهن) تَطْيِيباً لخاطرهن (فيسافر بمن خرجت قرعتها) ولا يحسب عليها ليالى سفرها ، ولكن يستقبل العدل بينهن (وإذا رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها) بالكسر نوبتها

لِصَاحِبَتِهَا جَازَ ، وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي ذَلِكَ .

كتاب الرضاع

قَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ ، إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَمُدَّةُ الرَّضَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ثَلَاثُونَ شَهْراً ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : سَنَتَانِ ،

(لصاحبتها جازَ) ، لأنه حقها (ولها أن ترجع فى ذلك) ؛ لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد ، فلا يسقط ، هداية .

كتاب الرضاع

مناسبته للنكاح ظاهرة .

وهو بالفتح والكسر لغة : المَصُّ، وشرعا: مَصُّ ابن آدمية فى وقت مخصوص و (قليل الرضاع وكثيره) فى الحكم (سواء ، إذا حصل) ذلك (فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) ؛لقوله تعالى: «وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ـ الآية» ، وقوله عليه الصلاة والسلام : «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» من غير فصل هداية (ومدة الرضاع عند أبى حنيفة ثلاثون شهراً)لأن الله تعالى ذكر شيئين [(١)] وضَرَبَ لهما مدة، فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدَّيْنَيْنِ، إلا أنه قام المنقص فى أحدهما ، فبقى الثانى على ظاهره . هداية ، ومشى على قوله المحبوبى والنسفى كما فى التصحيح ، وفى الجوهرة : وعليه الفتوى (وقالا :سنتان) لأن أدنى مدة الحمل ستة أشهر ، فبقى للفصال حَوْلانِ ،قال فى الفتح:وهو الأصح، وفى التصحيح عن العيون : وبقولهما نأخذ للفتوى ، وهذا أولى ، لأنه أجيب فى شرح الهداية عما يستدل به على الزيادة على سنتين ، وبعد الجواب قال : فكان الأصح قولهما ، وهو مختار الطحاوى . اهـ . ثم الخلاف فى التحريم ، أما لزوم

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) .

فإذا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ .

وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ ، إلاَّ أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعِ ؛ فإنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا . وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّ أُخْتِهِ مِنَ النَّسَبِ ، وَأُخْتُ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَها ولاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ ابْنِهِ مِنَ النَّسَبِ ، وَامْرَأَةُ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ لا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَها ، كَمَا لاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةَ ابْنِهِ مِنَ النَّسَبِ ، وَامْرَأَةُ أَبِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ لاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، كَمَا لا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةَ أَبِيهِ مِنَ النَّسَبِ

وَلَبَنُ الْفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَهُوَ : أَنْ تُرْضِعَ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً فَتَحْرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ عَلَى زَوْجِهَا

أجرة الرضاع للمطلقة فقدّر بالحولين بالإجماع كما فى الدر (فإذا مضت مدة الرضاع) على الخلاف (لم يتعلق بالرضاع تحريم) ولو لم يفطم ، كما أنه يثبت فى المدة ولو بعد الفطام والاستغناء بالطعام على المذهب كما فى البحر، وفى الهداية : ولا يعتبر الفطام قبل المدة إلا فى رواية عن الإمام إذا استغنى عنه ، اه .

(ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب) للحديث المار (إلا أم أخته) أوأخيه (من الرضاع ، فإنه يجوز أن يتزوجها ، ولا يجو) له(أن يتزوج أم أخته)أوأخيه (من النسب) ، لأنها تكون أمه ،أو موطوءة أبيه، بخلاف الرضاع( )إلا(أخت ابنه من الرضاع) ، فإنه (يجوز) له (أن يتزوجها ، ولا يجوز) له (أن يتزوج أخت ابنه من النسب ؛ لأنها تكون بنته أو ربيبته ، بخلاف الرضاع (وأمرأة أبنه من الرضاع لا يجوز) له (أن يتزوجها كما لا يجوز) له (أن يتزوج امرأة ابنه من النسب) وذكر الأصلاب فى النص [1] لإسقاط اعتبار التبنّى .

(ولبن الفحل) أى الرجل من زوجته المرضعة إذا كان لبنها منه (يتعلق به التحريم ، وهو : أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها) أى زوج

---

(١) هو قوله تعالت كلمته : (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) .

وَعَلَى آبائِه وَأَبْنَائِهِ ، وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِي نَزَلَ مِنْهُ اللَّبَنُ أَبًا لِلْمُرْضَعَةِ .

وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ ، وذَلِكَ مِثْلُ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ إِذَا كَانَ لَهُ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ جَازَ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا.

وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْيٍ واحِدٍ لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْآخَرِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَتَزَوَّجَ الْمُرْضَعَةُ أَحَداً مِنَ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْهَا وَلَاوَلَدِ وَلَدِهَا ، وَلَا يَتَزَوَّجُ الصَّبِيُّ الْمُرْضَعُ أُخْتَ زَوْجِ الْمُرْضِعَةِ لِأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِنَ الرَّضَاعِ .

المرضعة (وعلى آبائه وأبنائه ، ويصير الزوج الذى نزل منه اللبن) وذلك بالولادة منه (أبا للمرضعة) بالفتح ـ أى الصبية ، كما أن المرضعة ـ بالكسر ـ أم لها قيد بالذى نزل منه اللبن لأنه إذا لم يكن اللبن منه بأن تزوجت ذاتُ ابنٍ رجلا فأرضعت صبيا فإنه لا يكون ولداً له من الرضاع ، بل يكون ربيباً له من الرضاع ، وابنا لصاحب اللبن.

(ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع ، كما يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب ، وذلك مثل الأخ من الأب إذا كان له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها) لأنه لا قرابة بينهما .

(وكل صبيين اجتمعا على ثدى واحد) بأن رضعا منه وإن اختلف الزمن والأب (لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالآخر) ، لأنهما أخوان (ولا يجوز أن تتزوج المرضعة) بفتح الضاد والرفع على الفاعلية ـ أى الصبية (أحداً) بالنصب على المفعولية وفى بعض النسخ « يتزوج المرضعة أحد » بالرفع (من ولد التى أرضعتها) ، لأنهم أخوتها (ولا ولد ولدها) ، لأنهم أولاد إخوتها ، وقد اختلف فى إعراب قوله «ولد ولدها» فبعضهم رفعه ، وبعضهم نصبه ، وكان شيخ الإسلام الحارثى يقول : يجوز فيه الحركات الثلاث : أما الرفع فعطفا على «أحد» وأما النصب فعطفا على «المرضعة» وأما الجر فعطفا على «ولد» والرفع أظهر ، كذا فى التصحيح (ولا يتزوج الصبى المرضع أخت الزوج) أى زوج المرضعة (لأنها) أى أخت الزوج (عمته من الرضاع) لأن

وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالْمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِنْ غَلَبَ الْمَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِذَا اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِباً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِذَا اخْتَلَطَ بِالدَّوَاءِ وَهُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ .

وَإِذَا حُلِبَ اللَّبَنُ مِنَ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأُوجِرَ بِهِ الصَّبِيُّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ شَاةٍ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَإِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ ،

الزوج أبوه من الرضاع كما مر .

(وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) على الماء (تعلق به التحريم وإن غلب الماء) على اللبن (لم يتعلق به التحريم) ؛ لأن المغلوب غير موجود حكما (وإذا اختلط) اللبن (بالطعام لم يتعلق به التحريم ، وإن كان اللبن غالبا) على الطعام (عند أبي حنيفة) قال في الهداية : وقالا : إذا كان اللبن غالباً تعلق به التحريم ، وقولهما فيما إذا لم تصبه النار ، حتى لو طبخ بها لايتعلق به التحريم في قولهم جميعاً ، ولا يعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده ، وهو الصحيح ،وقال قاضيخان : إنه الأصح ، وهذا احترازعن قول من قال من المشايخ:إن عدم إثبات الحرمة عنده إذا لم يكن متقاطراً عند رفع اللقمة ، أمامعه فيحرم اتفاقا،وقدرجحوا دليل الإمام ، ومشى على قوله المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة ، كذا في التصحيح (وإذا اختلط) اللبن (بالدواء و) كان اللبن (هو الغالب تعلق به التحريم) ؛ لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه ، إذ الدواء لتقويته على الوصول ، هداية .

(وإذا حلب اللبن من المرأة بعد موتها فأوجر به الصبي) أي صُبَّ في حلقه ووصل إلى جوفه (تعلق به التحريم) ، لحصول معنى الرضاع ، لأن اللبن بعد الموت على ما كان قبله (وإذا اختلط اللبن) من المرأة (بلبن الشاة واللبن) من المرأة (هو الغالب تعلق به التحريم ، وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتباراً

وَإِذا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَكْثَرِهِما عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ وَأَبِى يُوسُفَ ، وَقالَ مُحَمَّدٌ : يَتَعَلَّقُ بِهِما .

وَإِذَا نَزَلَ لِلْبِكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَتْ بِهِ صَبِيًّا تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وإِذَا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيًّا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ .

وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ،

للغالب كما فى الماء (وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأكثرهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف)، لأن الكل صار شيئاً واحداً، فيجعل الأقل تبعاً للأكثر فى بناء الحكم عليه (وقال محمد : يتعلق بهما) لأن الجنس لا يغلب الجنس ، فإن الشىء لا يصير مستهلكا فى جنسه، لاتحاد المقصود ، قال فى الهداية: وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان، ومشى على قول أبى يوسف الإمام المحبوبى والنسفى ، ورجح قول محمد الطحاوى ، وفى شرح الهداية : ويميل كلام المصنف إلى ما قال محمد حيث أخر دليله ، فإنه الظاهر من تأخر كلامه فى المناظرة لأنه قاطع للآخر ، وأصله أن السكوت ظاهر فى الانقطاع ، ورجَّحَ بعض المشايخ قول محمد أيضاً ، وهو ظاهر . قلت : وقوله أحْوَطُ فى باب المحرمات ، كذا فى التصحيح .

(وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم) ؛ لإطلاق النص ، ولأنه سبب النُّشُوِّ ، فيثبت به شبهة البعضية . هداية (وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيا لم يتعلق به التحريم) لأنه ليس بلبن على الحقيقة ؛ لأن اللبن إنما يتصور ممن تتصور منه الولادة ، وإذا نزل للخنثى لبن ، فإن علم أنه امرأة تعلق به التحريم وإن علم أنه رجل لم يتعلق به التحريم ، وإن أشكل : إن قال النساء إنه لا يكون على غزارته إلا لامرأة تعلق به التحريم ، احتياطا ، وإن لم يقلن ذلك لا يتعلق به التحريم ، وإذا جُبِّنَ لبن امرأة وأطعم الصبى تعلق به التحريم ، كذا فى الجوهرة

(وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لا جزئية بين الآدمى والبهائم ، والحرمة باعتبارها .

وإذا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وكَبِيرَةً فأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتَا عَلَى الزَّوْجِ ، فإِنْ كانَ لَمْ يَدْخُلْ بالْكَبِيرَةِ فَلاَ مَهْرَ لَهَا، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ ، ويَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى الْكَبِيرَةِ إنْ كانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الْفَسَادَ ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا .

ولاَ تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وامْرَأَتَيْنِ .

(وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت) الزوجة (الكبيرة الصغيرة حرمتا) كلتاهما (على الزوج) أبدا إن كان دخل بالكبيرة ، وإلا جاز له تزوج الصغيرة ثانياً ، ثم (فإن كان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها (و) كان على الزوج (للصغيرة نصف المهر) ؛ لأن الفرقة وقعت لا من جهتها ؛ والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر فى إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها ، هداية (ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد) : بأن كانت عاقلة طائعة متيقظة عالمة بالنكاح وبإفساد الإرضاع ، ولم تقصد دفع جوع أو هلاك كما فى الدرر (وإن لم تتعمد فلا شيء عليها) ؛ لأن السبب يشترط فيه التعدى، والقول لها إن لم يظهر منها تعمد الفساد .درعن المعراج.

(ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) لأن شهادة النساء ضرورية فيما لا اطلاع للرجال عليه، والرضاع ليس كذلك (وإنما يثبت) بما يثبت به المال، وذلك (بشهادة رجلين) عدلين أو مستورين (أو رجل وامرأتين) كذلك ، لما فيه من إبطال الملك ، وهو لا يثبت إلا بحجة ، فإذا قامت الحجة فرق بينهما ، ولا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى ، لتضمنها إبطال حق العبد ، ثم إن كانت الفرقة قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن بعده كان لها الأقل من المسمى ومهر المثل ، وليس لها فى العدة نفقة ولا سكنى ، كما فى الجوهرة .

كتاب الطلاق

الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنِ الطَّلَاقِ ، وطَلَاقِ السُّنَّةِ ، وَطَلَاقِ الْبِدْعَةِ ؛ فأَحْسَنُ الطَّلَاقِ : أَنْ يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ وَيَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا . وَطَلَاقُ السُّنَّةِ : أَنْ يُطَلِّقَ الْمَدْخُولَ بِهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ ، وَطَلَاقُ الْبِدْعَةِ : أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ

كتاب الطلاق

مناسبته للرضاع هو أن كلا منهما محرِّمٌ .

وهو لغة : رفع القَيْد ، لكن جعلوه فى المرأة طلاقاً ، وفى غيرها إطلاقاً ، ولذا كان « أنت مُطَلَّقة » بالتشديد صريحاً ، و« مُطْلَقة » بالتخفيف كناية .

وشرعاً : رفع قيد النكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص .

وأقسامه ثلاثة كما صرح به المصنف بقوله : (الطلاق على ثلاثة أوجه : أحسن الطلاق ، وطلاق السنة ، وطلاق البدعة) وجعله الكرخى على ضربين : طلاق السنة ،وطلاق البدعة (فأحسن الطلاق) بالنسبة إلى بقية أقسامه (أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة) رجعية كما فى ظاهر الرواية ، وفى زيادات الزيادات : البائن والرجعى سواء ، كذا فى التصحيح (فى طهر لم يجامعها فيه و يتركها حتى تنقضى عدتها) لأنه أبعد من الندامة ؛ لتمكنه من التدارك ، وأقل ضرراً بالمرأة (وطلاق السنة: أن يطلق المدخول بها ثلاثاً فى ثلاثة أطهار) فى كل طهر تطليقة ، ثم قيل :الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر ، احترازاً عن تطويل العدة ، والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق ، فيبتلى بالإيقاع عقب الوقاع . هداية (وطلاق البدعة : أن يطلقها ثلاثاً) أو اثنتين (بكلمة واحدة،أو) يطلقها (ثلاثاً) أو اثنتين (فى طهر واحد) ، لأن الأصل فى الطلاق الحظر ، لما فيه

فإذَا فعَلَ ذَلِكَ وقَعَ الطّلاقُ ، وَبَانَتْ مِنْهُ ، وَكانَ عَاصِياً . وَالسُّنّة فِي الطلاَقِ مِنْ وَجْهَيْنِ : سُنّةٌ فِي الْوَقْتِ ، وسُنّةٌ فِي الْعَدَدِ ، فَالسُّنّة فِي الْعَدَدِ يَسْتَوِى فِيهَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا ؛ وَالسُّنّةُ فِي الْوَقْتِ تَثْبُتُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا خَاصّةً ، وَهُوَ : أنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ ؛ وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا يُطَلِّقهَا فِي حَالِ الطُّهْرِ وَالْحَيْضِ ، وَإذا كَانَتِ الْمَرْأَةُ لاَ تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا لِلسُّنّةِ طَلّقهَا وَاحِدَةً ، فإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلّقهَا أُخْرَى ، فإِذَا مَضَى شَهْرٌ آخَرُ طَلّقَهَا أُخْرَى ،

من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية ، والإباحة إنما هى للحاجة إلى الخلاص ،ولاحاجة إلى الجمع بين الثلاث أو فى طهر واحد ؛ لأن الحاجة تندفع بالواحدة ، وتمام الخلاص فى المفرق على الأطهار ، فالزيادة إسراف،فكان بدعة (فإذا فعل ذلك وقع الطلاق ، و بانت) المرأة (منه ، وكان عاصياً) ، لأن النهى لمعنى فى غيره ، فلا يعدم المشروعية (والسنة فى الطلاق من وجهين : سنة فى الوقت) بأن تكون طاهرة (وسنة فى العدد) بأن تكون واحدة (فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) ، لأن الطلاق الثلاث فى كلمة واحدة إنما منع منه خوفا من الندم ، وهو موجود فى غير المدخول بها(والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة ، وهو : أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه)، لأن المراعى دليل الحاجة ، وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، و بالجماع مرة فى الطهر تفتُر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها فى حال الطهر والحيض) ، لأن الرغبة بها صادقة فى كل حال ، ولا عدة عليها فتتضرر بطولها (و إذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها للسنة طلقها واحدة) وتركها حتى يمضى شهر (فإ ا مضى شهر طلقها) طلقة (أخرى) وتركها أيضاً حتى يمضى شهر آخر (فإذا مضى شهر آخر طلقها) طلقة (أخرى) فتصير ثلاث طلقات فى ثلاثة أشهر؛

وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَلاَ يَفْصِلَ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَانٍ . وطَلَاقُ الحَامِلِ يَجُوز عَقِيبَ الجِمَاعِ ، ويُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلاثاً يَفصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ،وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لاَ يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلاّ وَاحِدَةً ،

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الحَيْضِ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا ، وَإِنْ شاءَ أَمْسَكَهَا ،

لأن الشهر فى حقها قائم مقام الحيض ، ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق التفريق ، وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة ، وعندهما يكمل الأول بالأخير ، والمتوسطان بالأهلة وهى مسألة الإجارات . هداية (ويجوز أن يطلقها) : أى مَنْ لاتحيض (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) لأن الكراهية فيمن تحيض لتوهم الحبل ، وهو مفقود هنا (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لأنه لايؤدى إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء (ويطلقها) : أى الحامل (للسنة ثلاثاً) فى ثلاثة أشهر ، كما فى ذوات الأشهر (يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ، لأن الإباحة لعلة الحاجة ، والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة (وقال محمد) وزفر : (لايطلقها للسنة إلا واحدة) ، لأن الأصل فى الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة ، والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها ، فصارت كالممتدّ طهرُهَا ، واعتمد قول الأولين المحبوبى والنسفى والموصلى وغيرهم كما هو الرسم اه تصحيح .

(وإذا طلق الرجل امرأته فى حال الحيض وقع الطلاق) ؛ لأن النهى عنه لمعنى فى غيره ، فلا تنعدم مشروعيته (و) لكن (يستحب له أن يراجعها) قال نجم الأئمة فى الشرح : استحباب المراجعة قول بعض المشايخ ، والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر[1] ورفعا للمعصية بالقدر الممكن ، ومثله فى الهداية ، وقال برهان

---

(١) هو قوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب فى شأن ابنه « مره فليراجعها »

فإذا طَهُرَتْ وحاضَتْ وطَهُرَتْ فهُوَ مُخَيَّرٌ: إنْ شاءَ طَلَّقَها ، وَإنْ شاءَ أمْسَكَها .

ويَقَعُ طَلاَقُ كُلِّ زَوجٍ إذَا كَانَ عَاقِلاً بالِغاً ، وَلا يَقَعُ طَلاَقُ الصَّبيِّ والمَجْنُونِ والنَّائِمِ ، وَإذا تَزَوَّجَ العَبْدُ ثُمَّ طَلَّقَ وَقَعَ طلاَقُه ، وَلاَ يَقَعُ طَلاَقُ مَوْلاهُ عَلى امْرَأتِهِ .

وَالطَّلاَقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : صَرِيحٍ ، وَكِنايَةٍ ، فالصَّريحُ قَوْلُهُ : أنْتِ طَالِقٌ ، وَمُطَلَّقَةٌ ، وَطَلَّقْتُكِ ، فهذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلاَقُ الرَّجْعِيُّ

الأئمة المحبوبى : وتجب رجعتها فى الأصح ، كذا فى التصحيح (فإذا طهرت) من حيضها الذى طلقها وراجعها فيه (وحاضت) حيضا آخر (وطهرت) منه (فهو): أى الزوج (مخير: إن شاء طلقها) ثانيا(وإن شاء أمسكها) قال فى الهداية : وهكذا ذكر فى الأصل، وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة ، قال أبو الحسن الكرخى: ماذكره الطحاوى قول أبى حنيفة ، وماذكر فى الأصل قولهما . اه .

وفى التصحيح: قال الكرخى: هذا قولهما ، وقول أبى حنيفة له أن يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة التى طلقها وراجعها فيه ، وقال فى الكافى : المذكور فى الكتاب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، والذى ذكره الكرخى رواية عن أبى حنيفة . اه .

(ويقع طلاق كل زوج إذا كان بالغاً عاقلا) ولو مكرها أو سكران بمحظور (ولا يقع طلاق الصبى) ولو مراهقا أوأجازه بعد البلوغ ، أما لو قال « أوقعته » وقع لأنه ابتداء إيقاع (و) لاطلاق (المجنون) إلا إذا علق عاقلا ثم جن فوجد الشرط ، أو كان عنيناً أو مجبوبا وأسلمت امرأته وهو كافر وأبى أبواه الإسلام كما فى الأشباه (و) لاطلاق (النائم) لعدم الاختيار ، وكذا المغمى عليه ، ولو استيقظ وقال «أجزت ذلك الطلاق» أو «أوقعته » لايقع ، لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر . جوهرة (وإذا تزوج العبد وطلق وقع طلاقه)لأن ملك النكاح حقه فيكون الإسقاط إليه (ولايقع طلاق مولاه على امرأته): أى امرأة العبد، لأنه لاحق له فى نكاحه .

(والطلاق على ضربين : صريح ، وكناية ، فالصريح) مالم يستعمل إلا فيه وهو (قوله : أنت طالق، ومُطَلَّقة) بتشديد اللام (وقد طلقتك ، فهذا) المذكور (يقع به الطلاق الرجعى)لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الطلاق، ولا تستعمل فى غيره فكان

وَلاَ يَقَعُ بِهِ إِلاَّ وَاحِدَةٌ وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، وَلاَ يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيةِ .
وَقَوْلُهُ : أَنْتِ الطَّلاَقُ ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلاَقَ ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ طَلاَقاً ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَهِىَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيةٌ ، وَإِنْ نَوَى بِهِ ثَلاَثاً كَانَ ثَلاَثاً .
وَالضَّرْبُ الثَّانِي : الْكِنَايَاتُ ، وَلاَ يَقَعُ بِهَا الطلاَقُ إِلاَّ بِنِيَّةٍ أَوْ دَلاَلَةِ حَالٍ . وَهِىَ عَلَى ضَرْبَيْنِ مِنْهَا ثَلاَثَةُ أَلْفَاظٍ يَقَعُ بِهَا الطَّلاَقُ الرَّجْعِيُّ وَلا يَقَعُ بِهَا إِلا وَاحِدَةٌ ، وَهِىَ قَوْلُهُ : اُعْتَدِّى ، وَاسْتَبْرِئِى رَحِمَكِ ،

صريحاً ، وإنه يعقب الرجعة بالنص ، ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال هداية (ولا يقع به إلا واحدة) رجعية (وإن نوى أكثرمن ذلك) أى : أكثر من الواحدة الرجعية ؛ فيشمل الواحدة البائنة ، والأكثر من الواحدة ، لأنه نعت فرد حتى قيل للمثنى : طالقان ، وللثلاث : طوالق ، فلا يحتمل العدد ، لأنه ضده ، والعدد الذى يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً ، هداية . ومجرد النية من غير لفظ دال لاعبرة بها (ولا يفتقر إلى النية) لأن النية لتعيين المحتمل ، وهذا مستعمل فى خاص
(وقوله أنت الطلاق) أوطلاق (أو أنت طالق الطلاق ، أوأنت طالق طلاقاً ، فإن لم تكن له نية) أو نوى واحدة أو اثنتين (فهى واحدة رجعية) ، لأنه مصدر صريح لا يحتمل العدد (وإن نوى به ثلاثاً كان ثلاثا) ، لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة ، فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ، ويتعين بالنية .
(والضرب الثانى الكنايات) وهى : مالم يوضع له واحتمله وغيره (ولا يقع بها الطلاق إلا بنية أو دلالة حال) من مذاكرة الطلاق ، أو وجود الغضب لأنها غير موضوعة للطلاق ، بل تحتمله وغيره ، فلابد من التعيين أو دلالته ، لأن الطلاق لا يقع بالاحتمال (وهى) : أى ألفاظ الكنايات (على ضربين : منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعى) إذا نوى الطلاق (ولا يقع بها إلا طلقة واحدة ، وهى : قوله اعتدى) لاحتمال أنه أراد اُعتدِّى نعم الله تعالى ، أو نعمى عليك ، أو اعتدى من النكاح فإذا نوى الاعتداد من النكاح زال الإبهام ووجب بها الطلاق اقتضاء ، كأنه قال : طلقتك ، أو أنت طالق فاعتدى (و) كذا (استبرئى رحمك) ، فإنه

وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ ، وَبَقِيَّةُ الْكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً ، وَإِنْ نَوَى بِهَا ثَلَاثًا كَانَتْ ثَلَاثًا ، وَإِنْ نَوَى اثْنَتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً ، وَهَذَا

يستعمل بمعنى الاعتداد؛ لأنه تصريح بما هو المقصود بالعدة، فكان بمنزلته ، ويحتمل الاستبراء ليطلقها حال فراغ رحمها أي تعرفي رحمك لأطلقك (وأنت واحدة) لاحتمال أنه أراد أنت واحدة عند قومك أومنفردة عندي ليس لي معك غيرك أو نعتاً لمصدر محذوف : أي أنت طالق تطليقة واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله، قال في الهداية : ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه إلى النية ، ولا يقع إلا واحدة لأن قوله « أنت طالق » فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهراً لا يقع به إلا واحدة فإذا كان مضمرا أولى، ثم قال: ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ ،وهو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب اهـ، وقوله « فيها مقتضى أو مضمر » يعني أن ثبوت الطلاق بهذه الألفاظ إما بطريق الاقتضاء كما في « اعتدي واستبرئي رحمك» لأن الطلاق ثبت شرعاً لا لغة، وإما بطريق الإضمار كما في قوله «أنت واحدة» ؛لأنه لما زال الإبهام بنية الطلاق ثبت الطلاق لغة على أنه مضمر فيه بحذف الموصوف وإقامة الصفة مقامه ، وهذا سائغ في كلامهم، وقوله « ولا معتبر بإعراب الواحدة ـ إلخ» احتراز عما قيل إن رفع واحدة لا يقع به شيء، لأنه صفة المرأة ،وإن نصبها وقعت واحدة لأنها صفة المصدر، وإن سكن اعتبرت نيته كما في غاية البيان ، وتمامه فيها (وبقية الكنايات) أي ما سوى الألفاظ الثلاثة المذكورة (إذا نوى بها الطلاق كانت)طلقة (واحدة بائنة) لأنها ليست كناية عن مجرد الطلاق، بل عن الطلاق على وجه البينونة؛ لأنها عوامل في حقائقها، واشتراط النية لتعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق (وإن نوى) طلاقا (ثلاثاً كانت ثلاثاً)؛ لأن البينونة نوعان: مغلظة وهي الثلاث، ومخففة وهي الواحدة، فأيهما نوى وقعت لاحتمال اللفظ (وإن نوى اثنتين كانت) طلقة (واحدة) لأن الثنتين عدد محض ، ولا دلالة للفظ عليه ؛ فيثبت أدنى البينونتين وهي الواحدة (وهذا

مِثْلُ قَوْلِهِ : أَنْتِ بَائِنٌ ، وَبَتَّةٌ ، وَبَتْلَةٌ ، وَحَرَامٌ ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ ، وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ ، وَخَلِيَّةٌ ، وَبَرِيَّةٌ ، وَوَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ ، وَسَرَّحْتُكِ ، وَفَارَقْتُكِ ، وَأَنْتِ حُرَّةٌ ، وَتَقَنَّعِي ، وَتَخَمَّرِي ، وَاسْتَتِرِي ، وَاعْزُبِي ، وَاغْرُبِي ، وَابْتَغِي الْأَزْوَاجَ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ لَمْ يَقَعْ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ طَلَاقٌ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ ، فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي الْقَضَاءِ ، وَلَا يَقَعُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ وَكَانَا فِي غَضَبٍ أَوْ خُصُومَةٍ وَقَعَ الطَّلَاقُ بِكُلِّ لَفْظٍ لَا يُقْصَدُ بِهِ السَّبُّ وَالشَّتِيمَةُ ، وَلَمْ يَقَعْ بِمَا يُقْصَدُ بِهِ السَّبُّ وَالشَّتِيمَةُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ ،

مثل قوله) لامرأته : (أنت بائن) أ (وبتة) أ (وبتلة) أ (وحرام) أ (وحبلك على غاربك) أ (والحقى) بالوصل والقطع (بأهلك) أ (وخلية) أ (وبرية) أ (ووهبتك لأهلك) أ (وسرحتك) أ (وفارقتك) أ (وأنت حرة) أ (وتقنعى) أ (وتخمرى) أ (واستترى) أ (واغربى) بمعجمة فمهملة ، من الغربة وهى البعد ، أ (واعزبى) بمهملة فمعجمة ، من العزوبة وهى عدم الزواج ، أو اخرجى ، أواذهبى، أو قومى ، أ (وابتغى الأزواج) أو نحو ذلك (فإن لم تكن له نية لم يقع بهذه الألفاظ طلاق) ؛ لأنها تحتمله وغيره، والطلاق لا يقع بالاحتمال (إلا أن يكونا) : أى الزوجان (فى مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق) أى ببعضها، وهو : كل لفظ لا يصلح رداً لقولها وهذا (فى القضاء)؛ لأن الظاهر أن مراده الطلاق، والقاضى إنما يقضى بالظاهر (ولا يقع) فيما يصلح ردا لقولها ، لاحتمال إرادة الرد وهو الأدنى فيحمل عليه ، ولا (فيما بينه وبين الله تعالى) فى الجميع (إلا أن ينويه) ؛ لأنه يحتمل غيره (وإن لم يكونا فى مذاكرة الطلاق، و) لكن (كانا فى غضب أو خصومة وقع الطلاق) قضاء أيضا (بكل لفظ لا يقصد به السب والشتيمة)، لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق (ولم يقع بما يقصد به السب والشتيمة إلا أن ينويه) ، لأن الحال يدل على إرادة السب والشتيمة ، وبيان ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهى حالة الرضا، وحالة مذاكرة

وَإِذا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ مِنَ الزِّيَادَةِ وَالشِّدَّةِ كَانَ بَائِناً ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ ، أَوْ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ ، أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ ، أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ والْبِدْعَةِ ، وَكَالْجَبَلِ ، وَمِلْءَ الْبَيْتِ .

وَإِذا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا أَوْ إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ

الطلاق، وحالة الغضب، والكنايات ثلاثة أقسام: قسم منها يصلح جوابا ولا يصلح رداً ولا شتْما ، وهى ثلاثة ألفاظ: أمرك بيدك، أختارى، اعتدِّى، ومرادفها، وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح رداً ، وهى خمسة ألفاظ : خلية، برية ، بتة ، بائن ، حرام ، ومرادفها، وقسم يصلح جوابا ورداً ولا يصلح سباً وشتْما ؛ وهى خمسة أيضا : اخرجى، اذهبى، اغربى ، قومى ، تقنَّعى، ومرادفها ، ففى حالة الرِّضا لا يقع الطلاق بشىء منها إلا بالنية ، والقول قوله فى عدم النية، وفى حالة مذاكرة الطلاق يقع بكل لفظ لا يصلح للرد وهو القسم الأول والثانى، وفى حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسب والرد وهو القسم الثانى والثالث ، ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل للجواب فقط وهو القسم الأول . كما فى الإيضاح .

(وإذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان) الطلاق (بائناً) ، لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ، فإذا وصفه بزيادة وشدة أفاد معنى ليس فى لفظه، وذلك (مثل أن يقول: أنت طالق بائن؛ أو طالق أشد الطلاق) أ (و أفحش الطلاق) أو أشره أو أخبثه أ (و طلاق الشيطان) أ (و البدعة) أ (و كالجبل) أ (وملء البيت) أو عريضة، أو طويلة. لأن الطلاق إنما يوصف بهذه الصفة باعتبار أثره، وهى البينونة فى الحال ، فتقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية، أو نوى ثنتين فى غير الأمة، أما إذا نوى الثلاث فثلاث، لما مر من قبل، ولو عنى بقوله «أنت طالق» واحدة، وبقوله «بائن» أو «البتة» أخرى يقع تطليقتان بائنتان، لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع، هداية

(وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) .

مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ رَقَبَتُكِ طَالِقٌ ، أَوَ عُنُقُكِ طَالِقٌ ، أَوْ رُوحُكِ طَالِقٌ ، أَوْ بَدَنُكِ ، أَوْ جَسَدُكِ ، أَوْ فَرْجُكِ ، أَوْ وَجْهُكِ .

وكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعاً مِنْهَا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : نِصْفُكِ ، أَوْ ثُلُثُكِ

وَإِنْ قَالَ : يَدُكِ ـ أَوْ رِجْلُكِ ـ طَالِقٌ ؛ لَمْ يَقَعِ الطَّلاقُ .

وإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَ تَطْلِيقَةٍ كَانَتْ طَلْقَةً وَاحِدَةً .

وطَلاقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ واقِعٌ ،

وذلك (مثل أن يقول) لها : (أنت طالق ، أو رقبتك طالق ، أو عنقك طالق ، أو روحك طالق ، أوجسدك ، أو بدنك ، أو فرجك ، أو وجهك) أو رأسك ، لأن هذه الأشياء يعبر بها عن الجملة ؛ فكان بمنزلة قوله أنت طالق (وكذلك إن طلق جزءاً شائعاً منها ، وذلك (مثل أن يقول) لها : (نصفك أو ثلثك طالق) ، لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره ، فكذا يكون محلا للطلاق ، إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (وإن قال : يدك أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) ، لإضافته إلى غير محله ؛ فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو إلى ظفرها ، واختلفوا في البطن والظهر ، والأظهر أنه لا يعبر بهما عن جميع البدن ، هداية .

(وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلث تطليقة كانت طلقة واحدة) ، لأن الطلاق لا يتجزأ ، وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر الكل .

* * *

(وطلاق المكره والسكران واقع) قال في الينابيع : يريد بالسكران الذى سكر بالخمر أو بالنبيذ أما إذا سكر بالبنج أو من الدواء لا يقع طلاقه بالإجماع ، قال في الجوهرة : وفي هذا الزمان إذا سكر بالبنج يقع طلاقه زَجْراً عليه ، وعليه الفتوى ، ثم الطلاق بالسكر من الخمر واقع سواء شربها طوعاً أو كرهاً أو مضطرا ، قاله الزاهدى ، كذا في التصحيح

وَيَقَعُ طَلَاقُ الأَخْرَسِ بِالإِشَارَةِ .

وإذا أضَافَ الطَّلَاقَ إلَى النِّـكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّـكَاحِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِامْرَأَتِهِ : إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فأَنْتِ طَالِقٌ

وَلاَ يَصِحُّ إضافَةُ الطلاَقِ إلا أنْ يَكُونَ الحَالِفُ مَالِـكاًأَوْ يُضِيفَهُ إِلَى مِلْكٍ

وَإِنْ قَالَ لأجْنَبِيةٍ « إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ » ثُمَّ تَزَوَّجَها فَدَخَلَتِ الدَّارِ لَمْ تَطْلق .

(ويقع طلاق الأخرس بالإشارة) المعهودة له ،لأنها قائمة مقام عبارته دَفْعاً للحاجة ، (وإذا أضاف الطلاق إلى النـكاح وقع) الطلاق (عقيب النـكاح) وذلك (مثل أن يقول) لأجنبية : (إن تزوجتك فأنت طالق ، أ و) يقـول : (كل امرأة أتزوجها فهى طالق) فإذا تزوجها طلقت ، ووجب لها نصف المهر ، فإن دخل بها وجب لها مهر مثلها ،ولا يجب الحد ، لوجود الشبهة ، ثم إذا تزوجها لا تطلق ثانياً لأن « إن » لا توجب التـكرار ، وأما « كل » فإنهـا توجب تـكرار الأفراد دون الأفعال ، حتى لو تزوج امرأة أخرى تطلق (و إذا أضافه) أى الطلاق (إلى) وجود (شرط وقع عقيب) وجود (الشرط) وذلك (مثل أن يقول لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق) ، وهذا بالاتفاق ، لأن الملك قائم فى الحال ، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط ، ويصير عند وجود الشرط كالمتـكلم بالطلاق فى ذلك الوقت.

(ولا يصح إضافة الطلاق) أى تعليقه (إلا أن يـكون الحالف مالـكا) للطلاق حين الحلف ، كقوله لمنـكوحته : إن دخلت الدار فأنت طالق (أو يضيفه إلى ملك) ، كقوله الأجنبية : إن نـكحتك فأنت طالق (وإن) لم يـكن مالـكا للطلاق حين الحلف ولم يضفه إلى ملك بأن (قال لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) ؛ لعدم الملك حين الحلف والإضافة إليه ، ولا بد من واحد منهما .

وألفَاظُ الشَّرْط : إنْ ، وَ إذا ، وَ إذْ مَا ، وكلّ ، وكُلّمَا ، ومَتَى ، ومَتَى مَا ، فَفِى كلِّ هَذِهِ الشُّرُوطِ إذا وُجِدَ الشَّرْطُ انحَلّتِ الْيَمِينُ ، إلاّ فِي كلّما ، فإنَّ الطّلاَقَ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الشَّرْطِ حَتّى يَقَعَ ثَلاَثُ تَطْلِيقَاتٍ ، فإنْ تَزَوّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَتَكَرّرَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَىْءٌ، وزَوَالُ المِلْكِ بَعْدَ الْيَمِينِ لا يُبْطِلُها . فإنْ وُجِدَ فِي مِلْكِهِ انحَلّتِ الْيَمِينُ وَوَقَعَ الطّلاقُ . وَإنْ وُجِدَ فى غَيْرِ مِلْكِهِ انحَلّتِ الْيَمِينُ وَلَمْ يَقَعْ شَىْءٌ، وَإذا اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوجِ فيهِ ، إلاّ أنْ تُقِيمَ

(وألفاظ الشرط : إن) بكسر الهمزة (و إذا، و إذ ما ، وكل) وهذا ليس بشرط حقيقة ، لأن مايليها اسم ، والشرط مايتعلق به الجزاء ، والأجزية تتعلق بالأفعال، لكنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها ، كقولك: كل امرأة أتزوجها فكذا، درر (وكلما ، ومتى، ومتى ما) ونحو ذلك ، كلو ، نحو :أنت كذا لو دخلت الدار (ففى كل هذه الشروط إذا وجد الشرط انحلت اليمين) ، لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ، ولا بقاء لليمين بدونه (إلا فى كلما فإن الطلاق يتكرر بتكرار الشرط) لأنها تقتضى تعميم الأفعال ، ومن ضرورة التعميم التكرار (حتى يقع ثلاث تطليقات)، و ينتهى الحل بزوال الحلية (فإن تزوجها بعد ذلك وتكرر الشرط لم يقع شىء) ، لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به و بالشرط ، وفيه خلاف زفر . هداية (وزوال الملك) بطلقة أو اثنتين (بعد اليمين لا يبطلها) : أى لا يبطل اليمين، لأنه لا يوجد الشرط فبقى، والجزاء باق لبقاء محله ، فبقى اليمين . قيدنا زوال الملك بالطلقة أو الثنتين لأنه إذا زال بثلاث طلقات فإنه يبطل اليمين، لزوال الحلية (فإن وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين) لوجود الشرط (ووقع الطلاق) لوجود الحلية (و إن وجد) الشرط (فى غير الملك انحلت اليمين) أيضاً، لوجود الشرط (ولم يقع شىء) لعدم الحلية (و إذا اختلفا) : أى الزوجان (فى وجود الشرط) وعدمه (فالقول قول الزوج فيه) لتمسكه بالأصل، وهو عدم الشرط (إلا أن تقيم)

الْبَيِّنَةَ . فإنْ كانَ الشّرْط لا يُعْلَمُ إلاَّ مِنْ جِهَتِها فَالْقَوْلُ قَوْلُها فِي حَقِّ نَفسِهَا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إنْ حِضْتِ فأَنْتِ طَالِقٌ ، فَقَالَتْ : قَدْ حِضْتُ ، طَلُقَتْ . وَ إذا قَالَ : إذا حِضْتِ فأنْتِ طَالِقٌ وفلاَنَةَ ، فقالَتْ : قَدْ حِضْتُ ، طَلُقَتْ هِيَ ولمْ تُطَلَّقْ فُلاَنَةُ ، وَ إذا قَالَ لَهَا : إذا حِضْتِ فأنتِ طَالِقٌ ، فَرَأَتِ الدَّمَ لَمْ يَقَعِ الطَّلاقُ حَتَّى يَسْتَمِرَّ ثَلاَثَةَ أَيَّام ، فإذا تَمَّتْ ثَلاَثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِوُقُوعِ الطَّلاَقِ مِنْ حِينَ حَاضَتْ ، وَ إذا قَالَ لَهَا : إذا حِضْتِ حَيْضَةً فأنْتِ طَالِقٌ ، لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضِها .

وَطَلاَقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ ، حُرًّا كانَ زَوْجُها أَوْ عَبْدًا ، وَ طَلاَقُ الْحُرَّةِ ثَلاَثٌ ، حُرًّا كانَ زَوْجُها أَوْ عَبْدًا .

المرأة (البينة) لأنها مدعية (فإن كان الشرط) لا يطلع عليه غيرها و(لا يعلم إلا من جهتها فالقول) فيه (قولها) لكن (فى حق نفسها) فقط، وذلك (مثل أن يقول) لها : (إن حضت فأنت طالق ،فقالت : قد حضت: طلقت)استحسانا ، لأنها أمينة فى حق نفسها حيث لا يوقف عليه إلا من جهتها كما فى انقضاء العدة(و إذا قال)لها (إن حضت فأنت طالق وفلانة،فقالت:قد حضت، طلقت هى)فقط(ولم تطلق فلانة) لأنها فى حق الغير كالمدعية ، فصارت كأحد الورثة إذا أقر بدين على الميت قبل قوله فى حصته ولم يقبل فى حق بقية الورثة(و إذا قال لها) أى لزوجته :(إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق) عليها حالا ، بل (حتى يستمر ثلاثة أيام) ، لاحتمال انقطاعه دونها فلا يكون حيضاً (فإذا تمت لها ثلاثة أيام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت) لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء(و إذا قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها) ؛لأن الحيضة بالهاء هى الكاملة منها، ولهذا حمل عليه حديث الاستبراء، وكمالها بانتهائها، وذلك بالطهر، هداية

(وطلاق الأمة تطليقتان، حرا كان زوجها أو عبداً، وطلاق الحرة ثلاث، حرا كان زوجها أو عبداً) والأصل فى هذا أن الطلاق والعدة عندنا معتبران بالنساء، لأن حل المحلية نعمة فى حقها ، والرق أثر فى تنصيف النعم، إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتين.

وَ إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثَلَاثًا وَقَعْنَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَتْ بِالأُولَى وَلَمْ تَقَعِ الثَّانِيَةُ ، وَ إِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ . وَ إِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَ إِنْ قَالَ لَهَا وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ ثِنْتَان . وَ إِنْ قَالَ وَاحِدَةً بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَ إِنْ قَالَ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ

(و إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها) والخلوة (ثلاثاً) جملة (وقعن عليها)؛ لأن الواقع مصدر محذوف ، لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه، فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة ، هداية (فإن فرق الطلاق) كأن يقول لها : أنت طالق طالق طالق (بانت بالأولى لم تقع الثانية) ، لأن كل واحدة إيقاع على حدة، وليس عليها عدة ،فإذا بانت بالأولى صادفها الثاني وهي أجنبية (و إن قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت عليها) طلقة (واحدة) لما ذكرنا أنها بانت بالأولى ،فلم تقع الثانية (و إن قال لها أنت طالق واحدة قبل واحدة وقعت) عليها (واحدة) ، والأصل في ذلك أن الملفوظ به أولا إن كان موقعاً أولاً وقعت واحدة، و إن كان الملفوظ به أولا موقعاً آخرا وقعت ثنتان، لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال ،لأن الإسناد ليس في وسعه فيقترنان فإذا ثبت هذا فقوله : «أنت طالق واحدة قبل واحدة » الملفوظ به أولا موقع أولا ،فتقع الأولى لا غير، لأنه أوقع واحدة وأخبر أنها قبل أخرى ستقع، وقد بانت بهذه، فلغت الثانية (و) كذا (إن قال لها واحدة بعدها واحدة وقعت واحدة) أيضا ،لأن الملفوظ به أولا موقع أولا فتقع الأولى لا غير ،لأنه أوقع واحدة، وأخبر أن بعدها أخرى ستقع (و إن قال لها): أنت طالق (واحدة قبلها واحدة وقعت ثنتان)لأن الملفوظ به أولا موقع آخراً ، لأنه أوقع واحدة وأخبر أن قبلها واحدة سابقة؛ فوقعتا معاً، لما تقدم أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال (و) كذا (إن قال واحدة بعد واحدة ، أو مع واحدة، أو معها واحدة ــ وقعت ثنتان) أيضا، لأنه في الأولى أوقع واحدة وأخبر أنها بعد واحدة

وَإِذَا قال لَهَا : إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، فَدَخَلَتِ الدَّارَ وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَإِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ فَهِيَ طَالِقٌ فِي كُلِّ الْبِلَادِ . وَكَذلِكَ إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ ، وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتِ مَكَّةَ لَمْ تَطْلُق حَتَّى تَدْخُلَ مَكَّةَ ، وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا وقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهَا بِطُلوعِ الْفَجْرِ

وَإِذَا قَالَ لامْرَأَتِهِ « اخْتَارِي نَفْسَكَ » يَنْوِي بِذَلِكَ الطَّلاقَ ، أَوْقَالَ لَهَا « طَلِّقِي نَفْسَكِ » فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا

سابقة فقترنتا ، وفي الثانية والثالثة «مع» للمقارنة ، فكأنه قرن بينهما فوقعتا (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة) بتقديم الشرط (فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة) وعندهما ثنتان، وإن أخر الشرط يقع ثنتان اتفاقا؛ لأن الشرط إذا تأخر يغير صدر الكلام فيتوقف عليه فيقعن جملة، ولا مغير فيما إذا تقدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق، لأن الفاء للتعقيب، وهو الأصح، هداية (وإذا قال لها أنت طالق بمكة) أو في مكة (فهي طالق) في الحال (في كل البلاد ،) كذلك (إذا قال أنت طالق في الدار) ؛ لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان، وإن عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى الإضمار، وهو خلاف الظاهر، هداية (وإن قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) ؛ لأنه علقه بالدخول، ولو قال «في دخولك الدار» يتعلق بالفعل ؛ للمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرف . هداية (وإن قال لها أنت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر) ؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أول جزء منه ، ولو نوى آخر النهار صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى التخصيص في العموم، وهو يحتمله مخالفاً للظاهر . هداية

(وإن قال لامرأته اختاري نفسك ينوي بذلك الطلاق) قيد بنية الطلاق لأنه من الكنايات ؛ فلا يعمل إلا بالنية (أو قال لها طلقي نفسك ؛ فلها أن تطلق نفسها

مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا ، وَإِنِ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ « اخْتَارِي » كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً وَلاَ يَكُونُ ثَلاَثاً وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذَلِكَ ، وَلاَ بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلاَمِهِ أَوْ فِي كَلاَمِهَا ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ « طَلِّقِي نَفْسَكِ » فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاَثاً وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ قَالَ لَهَا « طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتَى شِئْتِ » فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ

ما دامت فى مجلسها ذلك) ولا اعتبار بمجلس الرجل ، حتى لو قام عن مجلسه وهى فى مجلسها كانت على خيارها (فإن قامت منه) : أى المجلس (أو أخذت فى عمل آخر خرج الأمر من يدها) ؛ لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة ، ولأنه تمليك الفعل منها ، والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع ، لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ، ومرة بالاشتغال بعمل آخر ؛ إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ، ومجلس القتال غيرهما . هداية (وإن اختارت نفسها فى قوله « اختارى » كانت) طلقة (واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك بالبائن ؛ إذ بالرجعى يتمكن الزوج من رجعتها بدون رضاها (ولا يكون ثلاثا وإن نوى الزوج ذلك) لأن الاختيار لا يتنوع لأنه ينبىء عن الخلوص وهو غير متنوع إلى الغلظة والخفة ، بخلاف البينونة (ولا بد من ذكر النفس فى كلامه أو فى كلامها) فلو قال لها « اختارى » فقالت « اخترت » كان لغواً ، لأن قولها « اخترت » من غير ذكر النفس فى أحد كلاميهما محتمل لاختيار نفسها أو زوجها ؛ فلا تطلق بالشك (وإن طلقت نفسها فى قوله « طلقى نفسك » فهى) طلقة (واحدة رجعية) لأنه صريح (وإن طلقت نفسها ثلاثاً) جملة أو متفرقاً (وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) ، لأن الأمر يحتمل العدد وإن لم يقتضه ، فإذا نواه صحت نيته (وإن قال لها « طلقى نفسك متى شئت » فلها أن تطلق نفسها فى المجلس وبعده) لأن كلمة « متى » لعموم الأوقات ، ولها المشيئة مرة واحدة

وَإِذَا قالَ لِرَجُلٍ « طَلِّقِ امْرَأَتِي » فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ ، وَإِنْ قَالَ « طَلِّقْهَا إِنْ شِئْتَ » فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ خَاصَّةً ، وَإِنْ قَالَ لَهَا « إِنْ كُنْتِ تُحِبِّينِي أَوْ تُبْغِضِينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ » فقَالَتْ : أَنَا أُحِبُّكَ أَوْ أُبْغِضُكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا خِلَافُ مَا أَظْهَرَتْ ،

وَإِذا طلقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقاً بَائِناً فَمَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَرِثَتْ مِنْهُ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فَلَا مِيرَاثَ لَهَا .

لأنها لا تقتضى التكرار، فإذا شاءت مرة وقع الطلاق ، ولم يبق لها مشيئة ، فلو راجعها فشاءت بعد ذلك كان لغواً ، ولو قال « كلما شئت » كان لها ذلك أبداً حتى تكمل الثلاث ؛ لأن « كلما » تقتضى التكرار ، فكلما شاءت وقع عليها الطلاق حتى تكمل الثلاث، فإن عادت إليه بعد زوج آخر سقطت مشيئتها لزوال المحلية، وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع، و إن قال لها « إن شئت » فذلك مقصور على المجلس، وتمامه فى الجوهرة (و إن قال لرجل طلق امرأتى فله) : أى للرجل المخاطب (أن يطلقها فى المجلس و بعده) ؛ لأنها وكالة ، وهى لا تتقيد بالمجلس (و إن قال)له : طلقها(إن شئت ، فله أن يطلقها فى المجلس خاصة) لأن التعليق بالمشيئة تمليك لا توكيل (و إن قال لها) أى لزوجته (إن كنت تحبينى أو) قال لها : إن كنت (تبغضينى فأنت طالق ، فقالت) له : (أنا أحبك أو أبغضك وقع الطلاق) عليها (و إن كان فى قلبها خلاف ما أظهرت) ، لأنه لما تعذر الوقوف على الحقيقة جعل السبب الظاهر ــ وهو الإخبار ــ دليلا عليه .

(و إذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته) وهو الذى يعجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت، هو الأصح درر (طلاقاً بائناً)من غير سؤال منها ولا رضاها (فمات) فيه (وهى فى العدة ورثت منه ، و إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) ، لأنه لم يبق بينهما علاقة وصارت كالأجانب. قيد بالبائن لأن الرجعى لا يقطع الميراث فى العدة

وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لامْرَأَتِهِ « أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللهُ » مُتَّصِلاً لَمْ يَقَعِ الطَّلاقُ عَلَيْهَا

وَإِنْ قَالَ لَهَا « أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً إِلاَّ وَاحِدَةً » طُلِّقَتِ اثْنَتَيْنِ ، وَإِنْ قَالَ « ثَلاثاً إِلاَّ اثْنَتَيْنِ » طُلِّقَتْ وَاحِدَةً .

وَإِذَا مَلَكَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقْصاً مِنْهَا أَوْ مَلَكَتِ المَرْأَةُ زَوْجَهَا أَوْ شِقْصاً مِنْهُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا .

كتاب الرجعة

لأنه لا يزيل النكاح. وقيدنا بعدم السؤال والرضا لأنه إذا سألته ذلك وخالعها أو قال لها « اختارى » فاختارت نفسها لم ترث ، لأنها رضيت بإبطال حقها . وقيدنا بالموت فيه لأنه لو صح منه ثم مرض ومات فى العدة لم ترث ، ومثل المريض مَنْ قُدِّم ليقتل ، ومن انكسرت به السفينة و بقى على لوح ، ومن افترسه السبع وصار فى فمه ، و نحو ذلك .

(و إذا قال الزوج لامرأته « أنت طالق إن شاء الله » متصلا لم يقع الطلاق عليها) لأن التعليق بشرط لا يُعْلَم وجوده مغير لصَدْرِ الكلام ، ولهذا اشترط اتصاله .

(و إن قال لها « أنت طالق ثلاثا إلا واحدة » طلقت اثنتين ، و إن قال « ثلاثا إلا ثنتين » طلقت واحدة) والأصل أن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا ، فشرط صحته أن يبقى وراء المستثنى شىء ليصير متكلما به ، حتى لو قال « أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا » تطلق ثلاثا ، لأنه استثنى جميع ماتكلم به ، فلم يبق بعد الاستثناء شىء ليتكلم به.

(و إذا ملك الزوج امرأته أو شقصاً) : أى جزءاً (منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة بينهما) بغير طلاق ، للمنافاة بين ملك النكاح وملك الرقبة ، إلا أن يشترى المأذون أو المدبر أو المكاتب زوجته ، لأن لهم حقا لا ملكا تاما . جوهرة .

كتاب الرجعة

بالفتح وتكسر ، وهى عبارة عن استدامة الملك القائم فى العدة بنحو « راجعتك »

إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا ، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ .

وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ : رَاجَعْتُكِ ، أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي ، أَوْ يَطَأَهَا ، أَوْ يُقَبِّلَهَا ، أَوْ يَلْمَسَهَا بِشَهْوَةٍ ، أَوْ يَنْظُرَ إِلَي فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ

و بما يوجب حرمة المصاهرة ، كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية) وهى الطلاق بصريح الطلاق بعد الدخول من غير مقابلة عوض قبل استيفاء عدد طلاقها (أو طلقتين) رجعيتين (فله أن يراجعها فى عدتها) أى عدة امرأته المدخول بها حقيقة ، إذ لا رجعة فى عِدّة الخلوة ، ابن كمال . وفى البزازية : ادعى الوطء بعد الدخول وأنكرت فله الرجعة ، لا فى عكسه (رضيت بذلك أو لم ترضَ) ؛ لأنها باقية على الزوجية ، بدليل جواز الظهار عليها والإيلاء واللعان والتوارث والطلاق مادامت فى العدة بالإجماع ، وقد دل على ذلك قوله تعالى : « و بُعُولتهن أحق بردهن» سَمّاهُ بعلا وهذا يقتضى بقاء الزوجية بينهما . جوهرة

(والرجعة) إما أن تكون بالقول مثل (أن يقول: راجعتك) إذا كانت حاضرة ، أورددتك ، أو أمسكتك (أو راجعت امرأتى) إذا كانت غائبة ، ولا يحتاج فى ذلك إلى نية ؛ لأنه صريح (أو) بالفعل ؛ مثل أن (يطأها ، أو يقبلها ، أو يلمسها بشهوة ، أو ينظر إلى فرجها) الداخل (بشهوة) وكذا بكل ما يوجب حرمة المصاهرة ؛ إلا أنه يكره ذلك ، و يستحب أن يراجعها بعده بالقول .

(و يستحب) له (أن يشهد على الرجعة شاهدين ، فإن لم يشهد صحت الرجعة) لما مر أنها استدامه للنكاح القائم ، والشهادة ليست شرطاً فيه حالة البقاء ، كما فى الفَيْء فى الإيلاء ، إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط ؛ كيلا يجرى التناكر فيها ويستحب له أن يعلمها كيلا تقع فى المعصية . هداية .

وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَقَالَ « قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ » فَصَدَّقَتْهُ فَهِيَ رَجْعَةٌ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ « قَدْ رَاجَعْتُكِ » فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ « قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي » لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأَمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا « قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ » فَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى وَكَذَّبَتْهُ الْأَمَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا

(وإذا انقضت العدة فقال) الزوج : (قد كنت راجعتها فى العدة فصدقته فهى رجعة) بالتصادق (وإن كذبته فالقول قولها) ؛ لدعواه مالا يملك إنشاءه فى الحال ؛ فلا يصدق إلا بالبرهان (ولا يمين عليها عند أبى حنيفة) وقالا : عليها اليمين ، وهى إحدى مسائل الاستحلاف الستة ، قال فى التصحيح : قد تقدم أن الفتوى على قولهما ، قال الإمام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير فى كتاب القضاء فى باب القضاء فى الإيمان : المنكر يستحلف فى الأشياء الستة عندهما ، فإذا نكل حُبِسَ حتى يُقِرَّ أو يحلف ، والفتوى على هذا ، قال الإمام السديدى الزوزنى : وهو المختار عندى ، وبه كنت أعمل بالرى وأصبهان . اه .

(وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت) الزوجة مجيبة له (قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة) وقالا : تصح ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما ؛ كذا فى التصحيح (وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها فى العدة فصدقه المولى) : أى مولى الأمة (وكذبته الأمة) ولا بينة (فالقول قولها) عند أبى حنيفة ، وقالا : القول قول المولى لأن بُضْعَها مملوك له ، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج ، فشابه الإقرار عليها بالنكاح ، وهو يقول بأن حكم الرجعة يبتنى على العدة ، والقول فى العدة قولها ، فكذا فيما يبتنى عليها . هداية . قال فى التصحيح : والصحيح قول الإمام ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى وغيرهما ، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ، وكذا عنده

وَإِذا انقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أَيَّامٍ انقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنِ انقَطَعَ لِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ ، أَوْ تَتَيَمَّمَ وَتُصَلِّيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا تَيَمَّمَتِ انقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ لَمْ تُصَلِّ ، وَإِنِ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئاً مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ الْمَاءُ ، فَإِنْ كَانَ

فى الصحيح ، ونص عليه فى الهداية ، احترازا عما حكى فى الينابيع من أنه على الخلاف . اهـ .

(وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) فى الحرة والحيضة الثانية فى الأمة (لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) ؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة ؛ فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض بيقين ، فانقضت العدة وانقطعت الرجعة (وإن انقطع لأقل من عشرة أيام) وكانت الزوجة مسلمة (لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل) لأن عود الدم محتمل ؛ فيكون حيضا لبقاء المدة ، فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال (أو) بلزوم حكم من أحكام الطاهرات : بأن (يمضى عليها وقت صلاة) فتصير دينا فى ذمتها ، وهى لا تجب إلا على الطاهرات (أو تتيمم) لعذر (وتصلى) فيه ولو نفلا (عند أبى حنيفة وأبى يوسف) وهذا استحسان . هداية (وقال محمد : إذا تيممت) لعذر (انقطعت الرجعة وإن لم تصل) وهذا قياس ، لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ، ولهما أنه ملوث غير مطهر وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات ، وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات . هداية ، قال الإمام بهاء الدين فى شرحه لهذا الكتاب : والصحيح قولهما ، واختاره المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اهـ . تصحيح . قيدنا بالمسلمة احترازا عن الكتابية فإنه تنقطع بمجرد الانقطاع لعدم توقع أمارة زائدة فى حقها كما فى الهداية وغيرها (وإن اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء ؛ فإن كان)

عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتْ .

وَالْمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ ، وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يَسْتَأْذِنَهَا أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْلَيْهِ .

وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَبَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ،

المنسيّ (عضواً) كاملا (فما فوقه لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من ذلك انقطعت) قال فى الهداية : وهذا استحسان ، والقياس فيما دون العضو أن تبقى ، لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ، ووجه الاستحسان — وهو الفرق — أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا : إنه تنقطع الرجعة ، ولا يحل لها التزوج ؛ أخذا بالاحتياط فيهما ، بخلاف العضو الكامل ، لأنه لايتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا . اه .

(والمطلقة) الطلقة (الرجعية) يستحب لها أنها (تتشوف) أى تتراءى لزوجها (وتتزين) له ؛ لأن الزوجية قائمة والرجعة مستحبة ، والتزين داع لها (ويستحب لزوجها أن لايدخل عليها حتى يستأذنها) بالتنحنح ونحوه (أو يسمعها خفق نعله) إن لم يكن قصد المراجعة ، لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول عليها العدة .

(والطلاق الرجعى لايحرم الوطء) ، لأنه لا يزيل الملك،ولا يرفع العقد،بدليل أن له مراجعتها من غير رضاها،ويلحقها الظهار والإيلاء واللعان،ولذا لو قال «نسائى طوالق» دخلت فى جملتهن وإن لم ينوها، جوهرة (وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها فى عدتها وبعد انقضاء عدتها) لأن حل المحلية باق ،لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ،ومنع الغير فى العدة لاشتباه النسب ،ولا اشتباه فى إباحته له

وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّةِ أَوِ اثْنَتَيْنِ فِي الأَمَةِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا . وَالصَّبِيُّ الْمُرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ كَالْبَالِغِ ، وَوَطْءُ الْمَوْلَى لَا يُحِلُّهَا ، وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ ، فَإِنْ وَطِئَهَا حَلَّتْ لِلأَوَّلِ ، وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى

(وإذا كان الطلاق ثلاثا فى الحرة أو اثنتين فى الأمة) ولو قبل الدخول (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها) أى يطأها (ثم يطلقها أو يموت عنها) وتنقضى عدتها منه، قيد بالنكاح الصحيح احترازا عن الفاسد والموقوف ، فلو نكحها عبد بلا إذن السيد ووطئها قبل الإجازة لا يحلها حتى يطأها بعدها كما فى الدرر (والصبى المراهق) وهو الذى تتحرك آلته وتشتهى وقدره شمس الإسلام بعشر سنين (فى التحليل كالبالغ) لوجود الوطء فى نكاح صحيح ، وهو الشرط ، وإنما عدم منه الإنزال وهو ليس بشرط فكان بمنزلة المسلول والفحل الذى لا ينزل (ووطء المولى لا يحلها) لاشتراط الزوج بالنص (وإذا تزوجها بشرط التحليل) ولو صريحا بأن قال : تزوجتك على أن أحلك (فالنكاح) صحيح ولكنه (مكروه) تحريما ؛ لحديث «لعن الله المحلل والمحلل له» (فإن وطئها حلت للأول) ، لوجود الدخول فى نكاح صحيح ؛ إذ النكاح لا يبطل بالشرط، هداية . وقال الإسبيجابى إذا تزوجها بشرط التحليل بالقلب ولم يقل باللسان تحل للأول فى قولهم جميعا ، أما إذا شرط الإحلال بالقول فالنكاح صحيح عند أبى حنيفة وزفر ، ويكره للثانى ، وتحل للأول ، وقال أبو يوسف : النكاح الثانى فاسد ، والوطء فيه لا يحلها للأول ، وقال محمد : النكاح الثانى صحيح ، ولا تحل للأول ، والصحيح قول أبى حنيفة وزفر ، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة، كذا فى التصحيح (وإذا طلق) الرجل امرأته (الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها) منه (وتزوجت بزوج آخر) ودخل بها ، ثم طلقها الآخر (ثم عادت إلى) زوجها

الأَوَّلِ عَادَتْ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ ، وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلَاثِ مِنَ الطَّلَاقِ كَمَا يَهدِمُ الثَّلَاثَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ .

وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ « قَد انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ وَدَخَلَ بِي وَطَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي » وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ .

كتاب الإيلاء

(الأول عادت) إليه بحل جديد : أى (بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثانى ما دون الثلاث من الطلاق) عند أبى حنيفة وأبى يوسف (كما يهدم الثلاث) بالإجماع ، لأنه إذا كان يهدم الثلاث فما دونها أولى (وقال محمد : لايهدم مادون الثلاث) قال الإمام أبو المعالى : والصحيح قول الإمام وصاحبه ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . اه تصحيح . قيدنا بدخول الثانى لأنه لو لم يدخل لم يهدم اتفاقاً . قنية .

(وإذا طلقها ثلاثاً)ومضت عليهامدة(فقالت قد انقضت عدتى) منك(وتزوجت) آخر (ودخل بى) الزوج الآخر (وطلقنى و)قد (انقضت عدتى) منه (و) كانت (المدة تحتمل ذلك جاز للزوج) الأول (أن يصدقها) وينكحها (إذا كان غالب ظنه أنها صادقة) قال فى الجوهرة : إنما ذكره مطولا لأنها لو قالت « حللت لك » فتزوجها ثم قالت « إن الثانى لم يدخل بى » إن كانت عالمة بشرط الحل للأول لم تصدق ، وإن لم تكن عالمة به صدقت ، وأما إذا ذكرته مطولا كما ذكر الشيخ فإنها لاتصدق على كل حال ، وفى المبسوط : لو قالت «حللت»لاتحل له حتى يستفسرها ، وإن تزوجها ولم يسألها ولم تخبره بشىء ثم قالت « لم أتزوج زوجا آخر » أو « تزوجت ولم يدخل » فالقول قولها ويفسد النكاح . اه .

كتاب الإيلاء

مناسبته البينونة مآلا .

وهو لغةً : الحلف مطلقاً . وشرعا : الحلف على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة،

إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ «وَاللهِ لَا أَقْرَبُكِ، أَوْ لَا أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ» فَهُوَ مُولٍ، فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ، وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ، وَسَقَطَ الْإِيلَاءُ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ، فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتِ الْيَمِينُ، وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الْأَبَدِ فَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ، فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الْإِيلَاءُ، فَإِنْ وَطِئَهَا لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ، وَإِلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَادَ الْإِيلَاءُ وَوَقَعَ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ

وشرطه: محلية المرأة، بأن تكون منكوحة وقت تنجيز الإيلاء، وأهلية الزوج للطلاق وحكمه: وقوع طلقة بائنة إن بر في حلفه، والكفارة والجزاء المعلّقُ إن حنث، كما صرح بذلك بقوله (إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك) أو «لا أجامعك» أو «لا أطؤك» أو «لا أغسل منك من جنابة» وكذا كل ما ينعقد به اليمين (أو) قال (لا أقربك أربعة أشهر) أو قال «إن قربتك فعلي حج، أو عبدي حر، أو أنت طالق»؛ (فهو مول) لقوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر» الآية (فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه) لفعله المحلوف عليه (ولزمته الكفارة) في عقد اليمين والجزاء المعلق، أو الكفارة في التعليق على الصحيح الذى رجع إليه الإمام، كما في الشرنبلالية (وسقط الإيلاء) لانتهاء اليمين بالحنث (وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة)؛ لأنه ظلمها بمنع حقها، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة، وهو المأثور عن عثمان وعلي والعَبَادلة الثلاثة وزيد بن ثابت، رضي الله عنهم؟ وكفى بهم قدوة (فإن كان حلف على) مدة الإيلاء فقط (أربعة أشهر فقد سقطت اليمين)؛ لأنها كانت موقتة بوقت، فترتفع بمضيه (وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية) بعد البينونة؛ لعدم الحنث (فإن عاد) إليها (فتزوجها ثانياً عاد الإيلاء)؛ لما مر أن زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج؛ لعدم منع الحق بعد البينونة (فإن وطئها) حنث في يمينه و(لزمته الكفارة) وسقط الإيلاء؛ لأنه يرتفع بالحنث (وإلا) يطأها (وقعت بمضي أربعة أشهر) أخرى

تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى ، إِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الْإِيلَاءِ طَلَاقٌ ، وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ ، فَإِنْ وَطِئَهَا كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ .

وَإِذَا حَلَفَ عَلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا ، وَإِنْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ فَهُوَ مُولٍ .

وَإِنْ آلَى مِنَ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا ، وَإِنْ آلَى مِنَ الْبَائِنَةِ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا

(تطليقة أخرى) أيضاً لأن بالتزوج ثبت حقها، فيتحقق الظلم، فيعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج . هداية (فإن) عاد إليها و (تزوجها) ثالثاً (عاد الإيلاء ووقع بمضى أربعة أشهر) أخرى (تطليقة أخرى) ؛ لبقاء طلاق ذلك الملك ببقاء الحلية (فإن) عاد إليها و (تزوجها) رابعاً (بعد) حلها بتزوج (زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) ؛ لزوال طلاق ذلك الملك بزوال الحلية (و) لكن (اليمين باقية) لعدم الحنث (وإن وطئها كفّر عن يمينه) لوجود الحنث .

(وإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً) ؛ لأنه يصل إلى جماعها فى تلك المدة من غير حنث يلزمه (وإن حلف بحج أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) ؛ لتحقق المنع باليمين ، وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة ، لما فيها من المشقة ، وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده ، وفيه خلاف أبى يوسف ؛ فإنه يقول : يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه ، وهما يقولان : البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه ، هداية ، قال فى التصحيح : ومشى على قولهما الأئمة ؛ حتى إن غالبهم لا يحكى الخلاف . اه .

(وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً) ، لبقاء الزوجية ، فإن انقضت عدتها قبل انقضاء مدة الإيلاء يسقط الإيلاء لفوات الحلية . جوهرة (وإن آلى من) المطلقة (البائنة لم يكن مولياً) ، لعدم بقاء الزوجية ؛ إذ لا حق لها فى الوطء ؛ فلم يكن مانعا حقها ؛ بخلاف الرجعيّة .

وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الْأَمَةِ شَهْرَانِ .

وَإِنْ كَانَ الْمُولِي مَرِيضاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ أَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَرِيضَةً أَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لاَ يَقْدِرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ فَفَيْئُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ : فِئْتُ إِلَيْهَا ، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الْإِيلَاءُ ، وَإِنْ صَحَّ فِي الْمُدَّةِ بَطَلَ ذَلِكَ الْفَيْءُ وَصَارَ فَيْئُهُ بِالْجِمَاعِ .

وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ « أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ » سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ ، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ ،

(ومدة إيلاء الأمة شهران) ؛ لأنها مدة ضُرِبَتْ أجلا للبينونة فتتنصف في الرق كمدة العدة .

(فإن كان المُولِي مريضاً) بحيث (لايقدر على الجماع ، أو كانت المرأة مريضة) أو رَتْقاء أو صغيرة لا تجامع (أو كان بينهما مسافة) بعيدة ، بحيث (لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء)أو محبوسة أو ناشزة لايصل إليها (ففيئه أن يقول بلسانه : فئت إليها) ؛ أو أبطلت الإيلاء ،أو رجعت عماقلت ، أونحو ذلك(فإذا قال ذلك سقط الإيلاء) لأنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد ، وإذا ارتفع الظلم لا يُجازَى بالطلاق (وإن صح) من مرضه أو زال المانع (في المدة بطل ذلك الفيء) الذي ذكره بلسانه (وصار فيئه بالجماع) ؛ لأنه قَدَرَ على الأصل قبل حصول المقصود ؛ فيبطل الخلف ، كالتيمم .

(وإذا قال) الرجل (لامرأته أنت على حرام) أو أنت معي في الحرام،أو نحو ذلك(سئل عن نيته:فإن قال أردت الكذب فهو كما قال)،لأنه نوى حقيقة كلامه ، قال في التصحيح : هذاظاهر الرواية ، ومشى عليه الحلواني،وقال السرخسي:لايصدق في القضاء ؛ حتى قال في الينابيع:في قول القدوري «فهو كماقال» يريد فيما بينه و بين الله تعالى،أما في القضاء فلايصدق بذلك ، و يكون يميناً،ومثله في شرح الإسبيجابي،وفي شرح

وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أُرِدْ بِهِ شَيْئاً فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهَا مُولِياً .

الهداية : وهذا هو الصواب وعليه العمل والفتوى، اه (و إن قال أردت الطلاق فهى تطليقه بائنة) ؛ لأنه كناية (إلا أن ينوى الثلاث) فيكون الثلاث اعتباراً بسائر الكنايات (و إن قال أردت الظهار فهو ظهار) ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرَّمة ، وهو الركن فيه ، ولهما أنه أطلق الحرمة ، وفى الظهار نوع حرمة ، والمُطْلَق يحتمل المقيد . هداية . قال الإسبيجابى : والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما . تصحيح (و إن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً) ؛لأن الأصل فى تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا ، ، فإذا قال « أردت التحريم» فقد أراد اليمين، و إن قال « لم أرد شيئاً » لم يصدق فى القضاء ؛ لأن ظاهر ذلك اليمين ، و إذا ثبت أنه يمين كان به مولياً . جوهرة . قال فى الهداية : ومن المشايخ من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق من غير نية لحكم العرف ، قال الإمام المحبوبى : و به يفتى ، وقال نجم الأئمة فى شرحه لهذا الكتاب : قال أصحابنا المتأخرون : الحلال علىَّ حرام ، أو أنت علىَّ حرام ، أو حلال الله علىَّ حرام ، أو كل حلال على حرام ـ طلاق بائن ، ولا يفتقر إلى النية ؛ للعرف . حتى قالوا فى قول محمد « إن نوى يميناً فهو يمين ، ولا تدخل امرأته إلا بالنية ، وهو على المأكول والمشروب » : إنما أجاب به على عرف ديارهم ، أما فى عرف بلادنا فيريدون تحريم المنكوحة فيحمل عليه . اه . وفى مختارات النوازل: وقد قال المتأخرون : يقع به الطلاق من غير نية ، لغلبة الاستعمال بالعرف ، وعليه الفتوى ، ولهذا لا يحلف به إلا الرجال ، قلت : ومن الألفاظ المستعملة فى مصرنا وريفنا « الطلاق يلزمنى » و « الحرام يلزمنى» و« علىَّ الطلاق » و « علىَّ الحرام » كذا فى التصحيح .

كتاب الخلع

إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ وَخَافَا أَنْ لاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ بَأْسَ أَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ يَخْلَعُهَا بِهِ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ، وَلَزِمَهَا الْمَالُ وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا .

وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهَا كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ جَازَ فِي الْقَضَاءِ ،

كتاب الخلع

بضم الخاء وفتحها ، واستعمل فى إزالة الزوجيَّةِ بالضم ، وفى غيره بالفتح وهو لغةً : الإزالةُ ، وشرعا — كما فى البحر — إزالة ملك النكاح المتوقفة على قَبُولها ، بلفظ الخلع أو ما فى معناه . اه .

ولا بأس به عندالحاجة ، كما أشار إلى ذلك بقوله: (إذا تشاقّ الزوجان):أى اختلفا ووقع بينهما العداوة والمنازعة (وخافا أن لايقيما حدود الله) أى مايلزمهما من موجبات النكاح مما يجب له عليها وعليه لها (فلابأس أن تفتدى) المرأة (نفسها منه بمال يخلعها به) ؛ لقوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افْتَدَتْ به» الآية(فإذا) قبل الزوج و(فعل ذلك) المطلوبَ منه (وقع بالخلع تطليقة بائنة) ، لأنه من الكنايات إلا أن ذِكْرَ المال أغنى عن النية ههنا ، ولأنها لا تبذل له المال إلا لتسلم لها نفسُهَا ، وذلك بالبينونة (ولزمها المال) الذى افتدت به نفسها ، لقبولها ذلك .

(و إن كان النشوز) أى النفرة والجفاء (من قبله): أى الزوج (كره له أن يأخذ منها عوضاً)، لأنه أوْحَشَهَا بالاستبدال؛ فلايزيد فى وحشتها بأخذالمال(و إن كان النشوز من قبلها) أى الزوجة (كره له أن يأخذ) منها عوضاً (أكثر مما أعطاها)من المهر ، دون النفقة وغيرها وفى الجامع الصغير : يطيب له الفضل أيضاً (فإن فعل ذلك) بأن أخذ أكثر مما أعطاها(جاز فى القضاء) ؛ لإطلاق قوله تعالى: «فلا جناح

وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وقعَ الطَّلَاقُ، ولَزِمَهَا المَالُ، وكانَ الطَّلَاقُ بائِناً ،

وَإِذَا بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الْخُلْعِ مِثْلُ أَنْ تُخَالِعَ المَرْأَةُ الْمُسْلِمَةُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فلاشَيْءَ لِلزَّوْجِ، وَالْفُرْقَةُ بائِنَةٌ ، وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الطَّلاقِ كانَ رَجْعِيًّا،

وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهراً جَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلاً فِي الْخُلْعِ .

فَإِنْ قَالَتْ لَهُ « خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي » فَخَالَعَهَا وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَيْها ، وَإِنْ قالتْ : خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي

عليهما فيما افتدت به » وكذلك إذا أخذ والنشوز منه . هداية

(و إن طلقها على مال) بأن قال لها : أنت طالق بألف ، أو على ألف (فقبلت) فى المجلس (وقع الطلاق ، ولزمها المال) ؛ لأن الزوج يستبدُّ بالطلاق تنجيزاً وتعليقاً وقد علَّقه بقبولها ، والمرأة تملك التزام المال ، لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياضُ عنه ، و إن لم يكن مالا كالقصاص . هداية (وكان الطلاق بائنا) ، لأن بَذْلَ المال إنما كان لتسلم لها نفسها ، وذلك بالبينونة .

(و إذا بطل العوض فى الخلع) وذلك (مثل أن تخالع المرأة المسلمة على خمر أو خنزير) أو ميتة أو دم (فلا شىء للزوج) عليها ، لأنها لم تسمِّ له متقوما حتى تصير غارَّةً له ، بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا ، لأنها سمت مالا فصار مغروراً (والفرقة) فيه (بائنة) ، لأنه لما بطل العوض كان العامل فيه لفظ الخلع ، وهو كناية (و إن بطل العوض فى الطلاق كان) الطلاق (رجعيا) ، لأن العامل فيه لفظ الطلاق ، وهو صريح ، والصريح يعقب الرجعة .

(وما جاز أن يكون مهرا) فى النكاح (جاز أن يكون بدلا فى الخلع) لأن مايصلح أن يكون بدلا للمتقوم أولى أن يصلح لغيره .

(فإن قالت له خالعنى على مافى يدى) الحسية (فخالعها ولم يكن فى يدها شىء فلا شىء له عليها)، لأنها لم تغرَّهُ بتسمية المال (و إن قالت)له (خالعنى على مافى يدى

مِنْ مَالٍ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا ، وَإِنْ قَالَتْ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ دَرَاهِمَ فَخَالَعَهَا وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ ، وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثاً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الأَلْفِ ، وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثاً عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثاً بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ وَالْمُبَارَأَةُ كَالْخُلْعِ .

من مال ولم يكن فى يدها شىء ردت عليه مهرها) لأنها لم سمت مالا لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بالعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ، ولا إلى قيمة البُضع ــ أعنى مهر المثل ــ لأنه غير متقوم حالة الخروج ؛ فتعين إيجاب ما قام به على الزوج ؛ دفعاً للضرر . هداية (وإن قالت) له (خالعنى على ما فى يدى من دراهم فخالعها ولم يكن فى يدها شىء) أو كان فى يدها أقل من ثلاثة دراهم (فعليها ثلاثة دراهم) ؛ لأنها سمت الجمع، وأقله ثلاثة (وإن قالت) له (طلقنى ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف) لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثُلُثِ الألف، وهذا لأن حرف الباء يَصْحَبُ الأعواض ، والعوض ينقسم على المعوض ، والطلاق بائن لوجوب المال (وإن قالت طلقنى ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شىء عليها عند أبى حنيفة) وتقع رجعية ، وقالا : عليها ثلث الألف وتقع بائنة ؛ لأن كلة « على » بمنزلة الباء فى المعاوضات ، وله أن كلمة « على » للشرط ، والمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط ، بخلاف الباء ؛ لأنه للعوض على ما مر ، قال الاسبيجابى : والصحيح قوله ، واعتمده البرهانى والنسفى وغيرهما تصحيح (ولو قال الزوج) لزوجته : (طلقى نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع عليها شىء) ؛ لأن الزوج ما رضى بالبينونة إلا لتسلم الألف له كلها ، بخلاف قولها « طلقنى ثلاثاً بألف » ؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى .

(والمبارأة) مثل أن يقول لها : برئت من نكاحك على ألف فقبلت (كالخلع)

وَالْخُلْعُ والمُبَارَأَةُ يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

كتاب الظهار

إِذَا قَالَ الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ « أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي » فَقَدْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلَا لَمْسُهَا وَلَا تَقْبِيلُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِهِ ،

قال فى المختارات : أى يقع بها الطلاق البائن بلا نية كما مر فى الخلع .

(والخلع والمبارأة يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالمهر : مقبوضاً أو غير مقبوض ، قبل الدخول وبعده ، والنفقة الماضية ، وأما نفقة العدة فلا تسقط إلا بالذكر ، وهذا (عند أبى حنيفة) وقال أبو يوسف فى المبارأة مثل ذلك ، وفى الخلع لا يسقط إلا ما سمّيا ، وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سميا ، والصحيح قول أبى حنيفة ،ومشى عليه المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح. قيد بما يتعلق بالنكاح لأنه لا يسقط ما لا يتعلق به كالقرض ونحوه ، قال فى البزازية : اختلعت على أن لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى أن له كذا من القطن صح؛ لاختصاص البراءة بحقوق النكاح.اهـ

كتاب الظهار

هو لغة : مصدر ظَاهَرَ امرأته، إذا قال لها :أنتِ عليَّ كظهر أمى، كما فى الصحاح والمغرب . وفى الدرر:هو لغة مقابلة الظهر بالظهر ؛ فإن الشخصين إذا كان بينهما عداوة يجعل كل منهما ظهره إلى ظهر الآخر،اهـ وشرعاً :تشبيه المسلم زوجته أو مايعبر به عنها أو جزءا شائعاً منها بمُحَرَّمة عليه تأبيداً ، كما أشار إلى ذلك بقوله :(إذا قال الزوج لامرأته أنت على كظهر أمى) وكذلك لو حذف « على » كما فى النهر (فقد حرمت عليه :لا يحل له وطؤها ولا لمسها ولا تقبيلها) وكذلك يحرم عليها تمكينه من ذلك (حتى يكفر عن ظهاره) وهذا جناية ، لأنه منكر من القول وزور ، فيناسب

فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ اسْتَغْفَرَ اللَّهَ تَعَالَى ، ولا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُ الْكَفَّارَةِ الأولى ، ولا يُعَاوِدُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ ، وَالْعَوْدُ الَّذِى تَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ أَنْ يَعْزِمَ على وَطْئِهَا .

وَإِذَا قَالَ « أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي ، أَوْ كَفَخِذِهَا ، أَوْ كَفَرْجِهَا » فَهُوَ مُظَاهِرٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ شَبَّهَهَا بِمَنْ لا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ مِثْلُ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ، أَوْ فَرْجُكِ ، أَوْ وَجْهُكِ ، أَوْ رَقَبَتُكِ ، أَوْ نِصْفُكِ ، أو

المجازاة عليها بالحرمة ، وارتفاعها بالكفارة ، ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه ، كيلا يقع فيه كما فى الإحرام ، بخلاف الحائض والصائم ، لأنه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعى لأفضَى إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام ، هداية (فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى) من ارتكاب هذا المأثم (ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى) وقيل:عليه أخرى للوطء كما فى الدرر (ولا يعاودها حتى يكفر) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى وَاقَعَ فى ظهاره قبل الكفارة: « استغفر الله ولا تَعُدْ حتى تكفر» ولو كان شيء واجبا لنبه عليه ، هداية (والعود الذى تجب به الكفارة) فى قوله تعالى: « ثم يَعُودُونَ لما قالوا »(أن يعزم على وطئها) قال فى الجوهرة : يعنى أن الكفارة إنما تجب عليه إذا قصد وطأها بعد الظهار ، فإن رضى أن تكون محرمة عليه ولم يعزم على وطئها لا تجب عليه ، ويجبر على التكفير دفعا للضرر عنها . اه.

(وإذا قال أنت على كبطن أمى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر)، لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة ، وهذا المعنى يتحقق فى عضو لا يجوز النظر إليه، هداية (وكذلك) الحكم (إن شبهها بمن لا يحل له النظر إليها) نظر الزوج للزوجة (على التأبيد من محارمه)نسباً أو رضاعاً، وذلك (مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة) ، لأنهن فى التحريم للتأبيد كأم نسباً (وكذلك) الحكم (إن قال: رأسك على كظهر أمى أو فرجك أو وجهك أو رقبتك) ؛ لأنه يعبر بها عن جميع البدن (أو نصفك أو

ثلثك ، وَإنْ قال «أنتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي» رُجِعَ إلى نِيَّتِهِ ، فَإِنْ قالَ أَرَدْتُ الكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قالَ ، وَ إنْ قالَ أَرَدْتُ الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلاقَ فَهُوَ طَلاقٌ بَائِنٌ ، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ

وَلا يَكُونُ الظِّهارُ إلاَّ مِنْ زَوْجَتِهِ ، فإنْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظاهِراً وَمَنْ قالَ لِنِسائِهِ «أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي» كانَ مُظاهِراً مِنْ جَماعَتِهِنَّ ، وَعَلَيْهِ لِكلِّ وَاحِدَةٍ مِنهُنَّ كَفَّارَةٌ .

ثلثك)؛ لأنه يثبت الحكم فى الشائع ثم يتعدَّى إلى الكل كما مر فى الطلاق (وإن قال أنت على مثل أمى) أو كأمى ، وكذا لو حذف «على» خانية (رجع إلى نيته) لينكشف حكمه (فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال) ، لأن التكريم فى التشبيه فاشٍ فى الكلام (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) ، لأنه تشبيه بجميعها ، ، وفيه تشبيه بالعضو ، لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية (وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لأنه تشبيه بالأم فى الحرمة ؛ فكأنه قال « أنت على حرام » ونوى الطلاق (وإن لم تكن له فيه نية) أو حذف الكاف كما فى الدار (فليس بشيء) لاحتمال الحمل على الكرامة،وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد : يكون ظهارا ، قال جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، واعتمده البرهان والنسفى وغيرهما . تصحيح .

(ولا يكون الظهار إلا من زوجته) ، لقوله تعالى : « من نسائهم » (فإن ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً)؛ لأن الظهار منقول عن الطلاق ، ولا طلاق فى المملوكة (ومن قال لنسائه) المتعددات (أنتن على كظهر أمى كان مظاهراً من جماعتهن) لأنه أضاف الظهار إليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة تثبت فى كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة ؛ فيتعدد بتعددها ، بخلاف الإيلاء منهن؛ لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم — يعنى اسم الله تعالى. ولم يتعدد

وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ : عِتْقُ رَقَبَةٍ ؛ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ ، فَإِنْ لم يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ؛ كلُّ ذَلِكَ قَبْلَ المَسِيسِ ؛ وَيُجْزِىء فى ذَلِكَ عِتْقُ الرَّقَبَةِ الْكافِرَةِ ، وَالمُسْلِمَةِ ، وَالذَّكَرِ ، وَالأُنْثَى ، وَالصَّغِيرِ ، والكَبِيرِ ، وَلا تُجْزِىء العَمْياء ، وَلا المَقْطُوعَةُ اليدَيْنِ أَوِ الرِّجْلَيْنِ ، وَيَجُوزُ الأَصَمُّ ، وَالمَقْطُوعُ إِحْدَى اليَدَيْنِ وَإِحْدى الرِّجْلَيْنِ مِنْ خِلافٍ ، وَلا يَجُوزُ مَقْطوعُ إِبْهامَيِ اليدَيْنِ ، وَلا المَجْنُونُ الذِى لا يَعْقِلُ ، وَلا يَجُوزُ عِتْقُ المُدَبَّرِ ، وَأُمِّ الوَلَدِ وَالمُكاتَبِ الذِى أَدَّى بَعْضَ المَالِ ،

ذكر الاسم ، هداية .

(وكفارة الظهار عتق رقبة) أى إعتاقها بنية الكفارة (فإن لم يجد) ما يُعتِقه (فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع) الصيام (فإطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه ؛ فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب (وكل ذلك) يجب بالعزم (قبل المسيس) لأنها مُنْهِية للحرمة ، فلا بدمن تقديمها على الوطء ،ليكون الوطء حلالا (ويجزىء فى ذلك) التكفير (عتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير) ، لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء ، إذ هى عبارة عن الذات المرقوقة المملوكة من كل وجه وليست بفائتة المنفعة (ولا تجوز العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) ، لأنه فائت جنس المنفعة فكان هالكا حكما (ويجوز الأصم والمقطوع إحدى اليدين و إحدى الرجلين من خلاف) والمقطوع الأذنين والأنف والأعور والأعمش والخصى والمجبوب،لأنه ليس بفائت جنس المنفعة ،بل مختلّها،وهو لايمنع (ولايجوز مقطوع إبهام اليدين) ؛ لأن قوة البطش بهما ، فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا المجنون الذى لا يعقل) ؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ، فكان فائتَ المنافع ،والذى يجن ويفيق يجزئه ؛ لأن الاختلال غيرمانع (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ، لاستحقاقهما الحرية بتلك الجهة ، فكان الرق فيهما ناقصاً (و) كذا (المكاتب الذى أدى بعض المال) ولم يعجِّز نفسه ؛ لأنه إعتاق

فإنْ أعْتقَ مُكَاتباً لم يُؤدِّ شيئاً جازَ ، فإنِ اشْتَرَى أباهُ أو ابنَهُ يَنوِي بالشِّرَاءِ الكفَّارَةَ جازَ عَنْهَا ، وَإنْ أعْتقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ عَنِ الكفَّارَةِ وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيهِ فأعْتَقَهُ لم يَجُزْ عِنْدَ أبِي حَنِيفَةَ ، وَإنْ أعْتقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كفَّارَتِهِ ثُمَّ أعْتقَ بَاقِيَهُ عَنْهَا جَازَ ؛ وَإنْ أعْتقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ثمَّ أعْتقَ بَاقِيَهُ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حنيفَةَ ،

ببدل (فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئا) وعَجَّزَ نفسه (جاز) ، لقيام الرق من كل وجه (وإن اشترى) المظاهِرُ (أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) ؛ لثبوت العتق اقتضاء بالنية ، بخلاف مالو ورثه ، لأنه لاصنع له فيه (وإن أعتق) المظاهر (نصف عبد مشترك عن الكفارة) وهو موسر (وضمن قيمة باقيه فأعتقه لم يجز عند أبي حنيفة) ويجوز عندهما ، لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان ، فصار معتقا الكل وهو ملكه ، ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ، ومثله يمنع الكفارة . هداية . قال فى التصحيح : وهذه من فروع تجزؤ العتق ، قال الإسبيجابى فيه : الصحيح قول أبى حنيفة ، وعلى هذا مشى المحبوبى والنسفى وغيرهما . قيدنا بالموسر لأنه إذا كان معسراً لم يجز اتفاقاً ؛ لأنه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك ، فيكون إعتاقاً بعوض (وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) ، لأنه أعتقه بكلامين ، والنقصان حصل على ملكه بجهة الكفارة ومثله غير مانع ، كمن أضجع شاة للأضحية فأصابت السكين عينها ، بخلاف ما تقدم ؛ لأن النقصان تمكن على ملك الشريك ، وهذا على أصل أبى حنيفة ، أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ ؛ فإعتاق النصف إعتاق الكل ، فلا يكون إعتاقا بكلامين . هداية (وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التى ظاهر منها ثم أعتق باليه لم يجز عند أبى حنيفة) ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق النصف حصل بعده . وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل ، فحصل الكل قبل

وَإِذَا لم يَجِدِ المُظَاهِرُ مَا يُعْتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ وَلَا يَوْمُ الفِطْرِ وَلَا يَوْمُ النَّحْرِ وَلَا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلاً عَامِداً أَوْ نَهَاراً نَاسِياً اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ عِنْدَ أَبِي حنيفة وَمُحَمَّدٍ ، وإِنْ أَفْطَرَ يَوْماً مِنْهُمَا بِعُذْرٍ أَوْ بِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَأْنَفَ ،

المسيس . هداية . وقدمنا تصحيح الإسبيجابي لقول الإمام في تجزؤ الإعتاق ، وعليه مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما . تصحيح (و إذا لم يجد المظاهر ما يعتق) ولو محتاجاً إليه لخدمته أو قضاء دينه ؛ لأنه واجد حقيقة . بدائع (فكفارته صوم شهرين) بالأهلة ، و إن كان كل واحد منهما تسعة وعشرين يوماً ، و إلا فستين يوماً ، فإن صام بالأيام وأفطر لتسعة وخمسين فعليه الاستقبال كما في المحيط ، ولو صام تسعة وعشرين يوما بالهلال وثلاثين بالأيام جاز كما في النظم ، ولو قَدَرَ على التحرير ولو في آخر اليوم الأخير لزمه العتق ، وأتم يومه ندباً (متتابعين) للنص عليه (ليس فيهما شهر رمضان) لأنه لا يقع عن الظهار ؛ لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى (ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) ؛ لأن الصوم في هذه الأيام منهي عنه ، فلا ينوب عن الواجب الكامل ، هداية (فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامداً أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف : لا يستأنف ؛ لأنه لا يمنع التتابع ، إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط ، ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس ، وأن يكون خالياً عنه ضرورة بالنص ، وهذا الشرط ينعدم بالجماع في خلال الصوم ، فيستأنف كما في الهداية ، قال في زاد الفقهاء : والصحيح قول أبي حنيفة ومحمد ، ومشى عليه البرهاني والنسفي وصدر الشريعة . تصحيح (و إن أفطر يوماً منهما) أي الشهرين (بعذر) كسفر ومرض ونفاس ، بخلاف الحيض لتعذر الخلو عنه (أو بغير عذر استأنف) أيضاً ، لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة .

وَإِنْ ظَاهَرَ العَبْدُ لمْ يُجْزِهِ فى الكَفَّارَةِ إلاَّ الصَّوْمُ ، فإِنْ أَعْتَقَ المَوْلى عَنْهُ أَوْ أَطْعَمَ لمْ يُجْزِهِ ،

وَإِذا لمْ يَسْتَطِعِ المُظاهِرُ الصِّيامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِيناً كلَّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صاعاً مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ قِيمَةَ ذٰلِكَ ، فإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جازَ ، قَلِيلاً ما أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا ، فإِنْ أَعْطَى مِسْكِيناً وَاحِداً سِتِّينَ يَوْماً أَجْزَأَهُ ، وَإِنْ أَعْطاهُ فى يَوْمٍ وَاحِدٍ لمْ يُجْزِهِ إلاَّ عَنْ يَوْمِهِ ، وَإِنْ قَرِبَ الَّتِى ظاهَرَ مِنْها

(وإن ظاهر العبد) ولو مكاتباً (لم يجزه فى الكفارة إلا الصوم) لأنه لاملك له ، فلم يكن من أهل التكفير بالمال (فإن أعتق المولى عنه أو أطعم لم يجزه)لأنه ليس من أهل الملك ، فلا يصير مالكا بتمليكه .

(وإن لم يستطع المظاهر الصيام) لمرض لا يرجى برؤه أو كبر سن(أطعم) هو أو نائبه (ستين مسكينا) التقييد به اتفاقى، لجواز صَرْفه إلى غيره من مصارف الزكاة، ولا يجزىء غير المراهق ، بدائع (كل مسكين نصف صاع من برأو صاعا من تمر أوشعير) كالفطرة قدراً ومصرفاً (أو قيمة ذلك) لأن المقصود سَدُّ الخلَّة ودفع الحاجة ويوجد ذلك فى القيمة (فإن غدَّاهم وعشَّاهم جاز ، قليلا) كان (ما أكلوا أو كثيراً): لأن المنصوص عليه هو الإطعام ، وهو حقيقة فى التمكين من الطعم،وفى الإباحة ذلك كما فى التمليك ، بخلاف الواجب فى الزكاة وصَدَقَة الفطر، فإنه الإيتاء والأداء، وهما للتمليك حقيقة ، ولا بد من الإدام فى خبز الشعير،ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع،وفى خبز الحنطة لا يشترط الإدام كما فى الهداية (فإن أعطى مسكينا واحداً ستين يوما أجزأه)،لأن المقصود سد خلة المحتاج، والحاجة تتجدد فى كل يوم، فالدفع إليه فى اليوم الثانى كالدفع إلى غيره (وإن أعطاهُ فى يوم واحد) ولو بدَفَعَاتٍ على الأصح ،زيلعى (لم يجزه إلا عن يومه) ذلك،لفقد التعدد حقيقة وحكما (وإن قرب التى ظاهر منها)

فى خِلالِ الْإِطْعَامِ لم يَسْتَأْنِفْ .

وَمنْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظِهَارٍ فأَعْتقَ رَقَبَتَيْنِ لا يَنْوِى عَنْ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا جَازَ عَنْهُمَا ، وَكَذٰلِكَ إِنْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَو أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا جَازَ ، وَإِنْ أَعْتقَ رَقَبَةً وَاحِدَةً أَو صَامَ شَهْرَيْنِ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذٰلِكَ عَنْ أَيَّتِهِمَا شَاء .

كتاب اللعان

إِذا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بالزِّنَا وَهُما منْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ ،وَالمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحدُّ قَاذِفُهَا ، أَوْ نَفَى نَسَبَ

أى جامعها (فى خلال الإطعام لم يستأنف) ، لأن النص فيه مطلق، إلا أنه يمنع من المسيس قبله، لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس، والمنع لمعنى فى غيره لا يعدم المشروعية فى نفسه .

(ومن وجب عليه كفارتا ظهار) من امرأة أو امرأتين (فأعتق رقبتين لا ينوى عن إحداهما بعينها جاز عنهما ، وكذلك إذا صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا) لأن الجنس متحد ، فلا حاجة إلى نية معينة (و إن أعتق رقبة واحدة أو صام شهرين) عن كفارتى ظهار (كان له أن يجعل ذلك عن أيتهما شاء)، لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

كتاب اللعان

هو لغة : مصدر لاعَنَ كقاتل ، من اللَّعْنِ وهو الطرد والإبعاد ، سمى به لا بالغضب ــ للعنه نفسه أولا ، والسبق من أسباب الترجيح ، وشرعاً : شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة و بالغضب من أخرى، قائمة مقام حد القذف فى حقه، ومقام حد الزنا فى حقها ؛ كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذ قذف الرجل امرأته بالزنا) صريحا (وهما) أى الزوجان (من أهل الشهادات) على المسلم (و) كانت (المرأة ممن يحد قاذفها) لأنه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابد من إحصانها (أو نفى نسب

وَلدِها وَطالَبَتْهُ بمُوجَبِ القَذْفِ فعَلَيْهِ اللِّعَانُ ، فإنِ امْتَنَعَ مِنْهُ حَبَسَهُ الحاكِمُ حَتّى يُلاعِنَ أو يُكَذِّبَ نفسَهُ فيُحَدُّ ، وَ إنْ لاعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللِّعَانُ ؛ فإنِ امْتَنَعَتْ حَبَسَهَا الحَاكِمُ حَتّى تُلاعِنَ أو تُصَدِّقَهُ .

وَإذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أو كافِرًا أو مَحْدُودًا فى قَذْفٍ فقَذَفَ امْرَأتَهُ فعَلَيْهِ الحَدُّ ،

ولدها) منه أو من غيره ، لأنه إذا نفى نسب ولدها صار قاذفا لها ظاهراً (وطالبته بموجب القذف) لأنه حقها، فلابد من طلبها كسائر الحقوق ، فلو لم تطالبه وسكتت لا يبطل حقها ، ولو طالت المدة، لأن طول المدة لا يبطل حقوق العباد (فعليه اللعان) إن عجز عن البرهان (فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن) فيبرأ (أو يكذب نفسه فيحد) لأن اللعان خلف عن الحد ، فإذا لم يأت بالخلف وجب عليه الأصل (فإن لاعن) الزوج (وجب عليها اللعان) بعده ؛ لأنه المدعى فيطالب منه الحجة أولا ،فلو بدأ بلعانها أعادت بعده ، فلو فرق قبل الإعادة صح ، لحصول المقصود كما فى الدر (فإن امتنعت) المرأة (حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) قال الزيلعى : وفى بعض نسخ القدورى «أو تصدقه فتحد» وهو غلط،لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة، فكيف يجب بالتصديق مرة ؟ وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات،لأن التصديق ليس بإقرار قصداً، فلا يعتبر فى حق وجوب الحد ، و يعتبر فى درئه، فيندفع به اللعان، ولا يجب به الحد، وينتفى النسب، لأنه إنما ينقطع حكما باللعان، ولم يوجد، وهو حق الولد، فلا يصدقان فى إبطاله و به يظهر عدم صحة قول صدر الشريعة «فينتفى نسب ولدها» درر. قال شيخنا :وقد يجاب بأن مراد القدورى بالتصديق الإقرار بالزنا ، لا مجرد قولها « صدقت » وا كتفى عن ذكر التكرار اعتمادا على ما ذكره فى بابه . اه .

(وإذا كان الزوج) غير أهل للشهادة : بأن كان (عبدا أو كافراً أو محدودا فى قذف) وكان أهلا للقذف بأن كان بالغاً عاقلا ناطقا (فقذف امرأته فعليه الحد) والأصلُ أن اللعان إذا سقط لمعنى من جهته فلو القذف صحيحاً حد ، وإلا فلا حد

وَإِنْ كانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهادَةِ وَهِيَ أَمَةٌ أَو كافِرَة أَو مَحْدُودَةٌ فِى قَذْفٍ أَو كانَتْ مِمَّنْ لا يُحَدُّ قاذِفُها فلا حَدَّ عَلَيْهِ فى قَذْفِها وَلا لِعَانَ .

وَصِفَةُ للِّعانِ : أَنْ يَبْتَدِىءَ القاضِى بالزَّوجِ فَيَشْهَدَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فى كلِّ مَرَّةٍ : أَشْهَدُ باللهِ إِنِّى لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمَيْتُها بِهِ مِنَ الزِّنَا ، ثُمَّ يَقُول فى الْخَامِسَةِ : لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كانَ مِنَ الـكاذِبِينَ فِيما رَمَاهاَ بِهِ مِنَ الزِّنا وَيُشِيرُ إِلَيْهاَ فى جَمِيعِ ذٰلِكَ ، ثُمَّ تَشْهَدُ المَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تقولُ فى كلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ باللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الـكاذِبِينَ فيما رَمَانِى بِهِ مِنَ الزِّنَا ، وتقولُ فى الْخامِسَةِ : إِنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْها .

ولا لعان ، كما فى الدر .

(وإن كان) الزوج (من أهل الشهادة وهى) غيرُ أهلٍ لها ، لأنها (أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف) أو صبية أو مجنونة (أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت زانية أو موطوءة بشبهة أو نـكاح فاسدٍ (فلا حد عليه فى قذفها) كما لو قذفها أجنبى (ولا لعان) ، لأن خَلَفَهُ ، ولـكنه يعزر ، حسما لهذا الباب .

(وصفة اللعان) مانطق به القرآن ، وحاصله (أن يبتدىء القاضى بالزوج فيشهد) على نفسه (أربع مرات يقول فى كل مرة : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا) وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يأتى بلفظ المُواجَهَة ، فيقول : فيما رميتك به ، لأنه أقطع للاحتمال ، وجه ماذكره فى الـكتاب ـ وهو ظاهر الرواية ـ أن لفظ الغائب إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال ، كما فى الهداية (ثم يقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الـكاذبين فيما رماها به من الزنا) إن قذفها به ، أو نفى الولد إن نفاه وفى النظم يقول له القاضى : اتق الله فإنها مُوجِبَة (ويشير) الزوج (إليها فى جميع ذلك ، ثم تشهد المرأة) بعده على نفسها (أربع مرات) أيضاً (تقول فى كل مرة : أشهد بالله إنه لمن الـكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، وتقول فى الخامسة : إن غضب الله عليها

إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا .

فإذا الْتَعَنَا فَرَّقَ الْقَاضِى بَيْنَهُمَا ، وكَانَتِ الْفُرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً عند أبى حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ ، وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى الْقَاضِى نَسَبَهُ وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ ،

إن كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا) ، و إنما خص الغضب فى جانبها لأن النساء يتجاسرن باللعن ، فإنهن يستعملن اللعن فى كلامهن كثيراً ، كما ورد به الحديث ، فاختير الغضب لتتقى ولا تُقْدِم عليه .

(فإذا التعنا فرق القاضى بينهما) ولا تقع الفرقة حتى يقضى بها على الزوج فيفارقها بالطلاق ، و إن امتنع من ذلك فرق القاضى بينهما ، وما لم يقض بالفرقة فالزوجية قائمة : فيلحقها الطلاق ، والظهار ، والإيلاء ، و يجرى بينهما التوارث ، كما فى الجوهرة (وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبى حنيفة ومحمد) لأنها بتفريق القاضى كما فى العنين ، ولها النفقة والسكنى فى عدتها ، و يثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كانت معتدة ، و إن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر . جوهرة (وقال أبو يوسف) : يقع (تحريم مؤبد) ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » ولهما أن الإكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ، ولا يجتمعان ما كانا متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان . هداية ، قال الإسبيجابى : والصحيح قولهما تصحيح (و إن كان القذف) من الزوج (بولد) أى بنفى نسب ولدها (نفى القاضى نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) و يشترط فى نفى الولد : أن تكون المرأة من أهل الشهادة من حين العلوق إلى حين الوضع ، حتى لو كانت حين الوضع[1] كتابية أو أمة ثم أسلمت أو عتقت لا ينتفى ولدها ، لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتاً لا يلحقه الفسخ ، فلا يتغير بعد ذلك بتغير حالها كما فى الجوهرة .

---

(١) كذا ، ولعله « لو كانت حين العلوق » ليتفق مع قوله « لأنها لما علقت ـ الخ »

فإنْ عَادَ الزَّوْجُ فأَكْذَبَ نفسَهُ حَدَّهُ القَاضى وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتزَوَّجهَا ، وَكَذلِكَ إنْ قَذَفَ غيْرَهَا فَحُدَّ أُو زَنَتْ فَحُدَّتْ .

وَإذا قَذَفَ امْرأَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلاَ لِعَانَ بَيْنَهُما ،وَقَذْفُ الأَخْرَسِ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللِّعَانُ ، وَإذا قَالَ الزَّوْجُ « لَيْسَ حَمْلُكِ مِنِّى » فلاَ لِعَانَ بَيْنَهُمَا ، وَإنْ قَالَ : « زَنَيْتِ وهَذَا الحَمْلُ مِنَ الزِّنَا » تَلاعَنَا ولَمْ يَنْفِ القَاضِى الحَمْلَ .

(فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) ولو دلالة : بأن مات الولد المنفى عن مال فادعى نسبه (حده القاضى) حَدَّ القذفِ ؛ لإقراره بوجوبه عليه (وحل له أن يتزوجها) ؛ لأنه لما حُدَّ لم يبق أهلا للعان ، فارتفع حكمه المنوط به ، وهو التحريم (وكذلك) أى يجوز له أن يتزوجها (إن قذف غيرها فحد) لما بينا (أو زنت) هى أو قذفت (فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها ، والحاصل أن له تزوجها إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان كما فى الدر .

* * *

(وإذا قذف) الرجل (امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) ، لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا ،فكذا لا يلاعن الزوج، لقيامه مقامه (وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان)، لأنه يتعلق بالتصريح كحد القذف ، وقَذْفُه لا يعرى عن شبهة، والحدود تندرىء بالشبهة (و إذا قال الزوج)لامرأته الحامل (ليس حملك منى فلا لعان) و إن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، وهذا قول أبى حنيفة وزفر ، لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يَصِرْ قاذفا،وقال أبو يوسف ومحمد: يجب اللعان إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لتيقن الحمل عنده فيتحقق القذف،وأجيب بأنه إذا لم يكن قاذفا فى الحال يصير كالمعلق، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط،ومشى على قول الإمام البرهانى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . تصحيح (و إذا قال) الزوج لامرأته الحامل :(زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف بصريح الزنا (ولم ينف القاضى الحمل) عن القاذف ، لأن

وَإذا نَفى الرَّجلُ وَلَدَ امْرَأتِهِ عَقِيبَ الوِلادَةِ ، أو فى الحَالِ الّتِي تُقْبَلُ التَّهنِئَةُ أو تُبْتَاعُ لَهُ آلَةُ الوِلادَةِ صَحَّ نفْيُهُ وَلاعَنَ بِهِ ، وَإنْ نَفاهُ بَعْدَ ذٰلِكَ لاعَنَ وَثَبَتَ النَّسَبُ. وَقال أبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَصِحُّ نَفْيُهُ فى مُدَّةِ النِّفَاسِ ، وَإذا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فى بَطْنٍ وَاحِدٍ فنَفَى الأَوَّلَ واعْتَرَفَ بالثّانى ثبَتَ نَسَبُهُمَا وَحُدَّ الزَّوْجُ ، وَإنِ اعْتَرَفَ بالأَوَّلِ وَنَفَى الثّانى ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَلاعَنَ.

تلاعنهما بسبب قوله « زنيت » لا بنفى الحمل ، على أن الحمل لا تترتب عليه الأحكام إلا بعد الولادة .

(وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحال) أى المدة (التى تقبل فيها (التهنئة) ومدتها سبعة أيام عادة كما فى النهاية (أو تبتاع له) أى تشترى فيها (آلة الولادة صح نفيه) ؛ لاحتياجه إلى نفى ولد غيره عن نفسه ، ولم يوجد منه الاعتراف صريحاً ولا دلالة (ولاعن به) لأنه بالنفى صار قاذفاً (وإن نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب) ؛ لأنه ثبت نسبه بوجود الاعتراف منه دلالة ، وهو السكوت وقبول التهنئة ؛ فلا ينتفى بعد ذلك ، وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد : يصح نفيه فى مدة النفاس) ؛ لأن النفى يصح فى مدة قصيرة ، ولا يصح فى مدة طويلة ، ففصلنا بينهما بمدة النفاس ؛ لأنه أثر الولادة ، وله أنه لا معنى للتقدير ؛ لأن الزمان للتأمل ، وأحوال الناس فيه مختلفة ، فاعتبرنا ما يدل عليه ، وهو قبول التهنئة ، أو سكوته عندها ، أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت ، هداية . قال الإمام أبو المعالى : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح . ولو كان الزوج غائباً فحالة علمه كحالة ولادتها (وإذا ولدت) المرأة (ولدين فى بطن واحد) وهو أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر (فنفى) الزوج الولد (الأول واعترف بالثانى ثبت نسبهما) ، لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) ؛ لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى (وإن اعترف بالأول ونفى الثانى ثبت نسبهما) لما تقدم (ولاعن) ، لأنه صار قاذفاً بنفى الثانى ، والإقرار بالعفة سابق على القذف ، فصار كأنه أقر بعفتها ثم قذفها بالزنا .

كتاب العِدّة

إذا طَلّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتهُ طَلاَقاً بَائِناً أوْ رَجْعِيًّا أوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بغَيْرِ طَلاَقٍ وَهِيَ حُرَّةٌ مِمّنْ تَحِيضُ فَعِدَّتُها ثَلاَثَةُ أقْرَاءٍ ، وَالأقْرَاءُ : الْحَيْضُ ، وَإنْ كَانَتْ لا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أوْ كِبَرٍ فَعِدَّتُها ثَلاَثَةُ أشْهُرٍ ، وَإنْ كَانَتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا أنْ تَضَعَ حَمْلَهَا ، وَإنْ كَانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُها حَيْضَتَانِ، وَإنْ كَانَتْ لا تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ ،

كتاب العدة

هي لغة : الإحصاء ، وشرعاً : تربُّصٌ يلزم المرأةعند زوال النكاح أوشبهته، وسمى التربص «عدة» لأن المرأة تحصى الأيام المضروبةعليها وتنتظر الفرج الموعود لها

(إذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها سواء كان (طلاقاً بائناً أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كأن حرمت عليه بوجه من الوجوه السابقة : كتمكين ابن الزوج ، ونحو ذلك مما يوجب الفرقة (وهى حرة) و (ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء) كوامل من وقت الطلاق أو الفرقة، فلوطلقت فى الحيض لم يعدّ من العدة (والأقراء) هى (الحيض) عندنا ، لأن الحيض مُعَرِّف لبراءة الرحم، وهو المقصود (وإن كانت) ممن (لا تحيض من صغر) أو بلوغ بالسن (أو كبر) بأن بلغت سن الإياس (فعدتها ثلاثة أشهر) قيدنا الكبر ببلوغ سن الإياس لأنه إذا كانت ممن تحيض فامتدّ طهرها فإن عدتها بالحيض مالم تدخل فى حد الإياس . جوهرة (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) وهذا إذا كانت حرة : (وإن كانت أمة فعدتها) إذا كانت ممن تحيض (حيضتان) لأن الرق منصِّفٌ، والحيضة لا تتجزأ ، فكملت فصارت حيضتين (وإن كانت) ممن (لا تحيض فعدتها شهر ونصف) ، لأن الشهر متجزىء فأمكن تنصيفه عملا بالرق ، وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها كالحرة .

وَإذا ماتَ الرَّجُلُ عَنِ امْرَأتِهِ الْحُرَّةِ فعِدَّتُها أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ ، وَإنْ كانَتْ أَمَةً فعِدَّتُها شَهْرانِ وَخَمْسَةُ أَيّامٍ ، وَإنْ كانَتْ حامِلاً فعِدَّتُها أَنْ تَضَعَ حَمْلَها ، وَإذا وَرِثَتْ المُطَلَّقَةُ فى المَرَضِ فعِدَّتُها أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ .

فإنْ أُعْتِقَتِ الأَمَةُ فى عِدَّتِها مِنْ طَلاقٍ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُها إلى عِدَّةِ الحَرائِرِ ، وَإنْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مَبْتُوتَةٌ أَوْ مُتَوَفًّى عَنْها زَوْجُها لم تَنْتَقِلْ عِدَّتُها ، وَإنْ كانَتْ آيِسَةً فاعْتَدَّتْ بالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَتِ الدَّمَ انْتَقَضَ

(وإذا مات الرجل عن امرأته الحرة) دخل بها أولا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية ، حاضت فى المدة أو لم تحض ، كما فى خزانة المفتين (فعدتها أربعة أشهر وعشرة) أيام ، لقوله تعالى «ويذرون أزواجاً يتربَّصْنَ بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً» ، (وإن كانت أمة فعدتها شهران وخمسة أيام) ؛ لأن الرق منصف كما مر (وإن كانت) امرأة الميت (حاملا فعدتها أن تضع حملها) أيضاً ، لإطلاق قوله تعالى: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» ، (وإذا ورثت المطلقة) بائناً (فى المرض) بأن كان الطلاق فراراً من إرثها ومات وهى فى العدة (فعدتها أبعد الأجلين) من عدة الوفاة وعدة الطلاق احتياطاً : بأن تتربص أربعة أشهر وعشراً من وقت الموت ، فإن لم تر فيها حيضاً تعتد بعدها بثلاث حيض ، حتى لو امتد طهرها تبقى عدتها حتى تبلغ الإياس كما فى الفتح ، قال كمال الإسلام فى شرحه : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عدتها ثلاث حيض ، والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما . تصحيح ، قيدنا الطلاق بالبائن لأنه إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة إجماعا كما فى الهداية .

(فإن أعتقت الأمة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها) من عدة الإماء (إلى عدة الحرائر) لأن الزوجية باقية (وإن أعتقت وهى مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها) ؛ لزوال النكاح بالبينونة والموت (وإن كانت) المرأة (آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم) على جارى عادتها أو حبلت من زوج آخر (انتقض

مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا وَكَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ العِدَّةَ بِالْحَيْضِ ،
وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحاً فَاسِداً وَالمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ عِدَّتُهَا الْحَيْضُ فِى الْفُرْقَةِ وَالمَوْتِ .
وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الْوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ .

مامضى من عدتها) وفسد نكاحها (وكان عليها أن تستأنف العدة بالحيض) قال فى الهداية : ومعناه إذا رأت الدم على العادة ، لأن عَوْدَها يُبْطل الإياس ، وهو الصحيح ، قال فى التصحيح : يحترز بهذا الصحيح عما فصَّله فى زاد الفقهاء فقال : المختار عندنا أنها إذا رأت الدم قبل الاعتداد بالأشهر يبطل الاعتداد بالأشهر ، وإذا رأت بعد الاعتداد بالأشهر لا يبطل ،قال نجم الأئمة :هذا هو الأصح والمختار للفتوى ،قال فى الذخيرة : وكان الصدر الشهيد حسام الدين يفتى بأنها لو رأت الدم بعد ذلك على أى صفة رأت يكون حيضاً ، و يفتى ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل الاعتداد بالأشهر ، ولا يفتى ببطلان الاعتداد بالأشهر بعد تمام الاعتداد بها ، قُضِىَ بجواز الأنكحة أم لا ،قال فى مجموع النوازل : هو الأصح ،قلت : وهذا التصحيح أولى من تصحيح فخر الدين فى الهداية ، وقد حقق وجهه فى فتح القدير . ا هـ .

(والمنكوحة نكاحاً فاسداً) المدخول بها (والموطوءة بشبهة عدتها الحيض) إن كانت ممن تحيض ، والأشهُرُ إن كانت ممن لا تحيض (فى الفرقة والموت) ؛ لأنها للتعرف عن براءة الرحم ، لا قضاء حق النكاح ، والحيض هو المعرِّفُ ، والأشهر قائمة مقام الحيض .

(و إذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها) ولم تكن تحت زوج ولا معتدة (فعدتها ثلاث حيض) إن كانت من ذوات الحيض ، وثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ؛ لأنها وجبت بالوطء لا بالنكاح ، ووجبت وهى حرة ، فتكون ثلاث حيض أو ما يقوم مقامها كما فى الوطء بشبهة . قيد بأم الولد لأن القِنَّةَ والمدبَّرة إذا أعتقهما المولى أو مات

وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنِ امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَبَلٌ فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا ، وَإِنْ حدَثَ الْحَبَلُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ .

وإذا طلّق الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الْحَيْضِ لَمْ تَعْتَدَّ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فيها الطلاَقُ ، وإذا وُطِئَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فعليها عِدَّةٌ أُخْرَى ، وتَدَاخَلَتِ الْعِدَّتَانِ ، فيَكُونُ مَا تَرَاهُ مِنَ الْحَيْضِ مُحْتَسَباً بِهِ مِنْهُمَا جَمِيعاً ،

عنهما لاعدة عليهما ؛ لعدم الفراش ، وقيدنا بأن لا تكون متزوجة ولا معتدة ؛ لأنها إذا كانت متزوجة أو معتدة ومات مولاها أو أعتقها فلا عدة عليها ؛ لأنها ليست فراشاً له .

(وإذا مات الصغير) الذى لا يتأتى منه الإحبال (عن امرأته وبها حبل) محقق وذلك بأن تضع لدون ستة أشهر من موته (فعدتها أن تضع حملها) لإطلاق قوله تعالى: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشر ؛ لأن الحمل ليس بثابت النسب منه ، فصار كالحادث بعد الموت . اهـ . قال جمال الإسلام : الصحيح قولهما ، واعتمده البرهانى والنسفى وغيرهما . تصحيح . قيدنا الحبل بالمحقق لأنه إذا كان محتملا - بأن ولدت لأكثر من ستة أشهر - فعليها عدة الوفاة اتفاقا كما فى التصحيح (فإن حدث الحبل بعد الموت فعدتها أربعة أشهر وعشر) ؛ لأنها وجبت عند الموت كذلك ، فلا تتغير بعده ، ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين ، لأن الصبى لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق ، والنكاح يقام مقامه فى موضع التصور ، هداية .

* * *

(وإذا طلق الرجل امرأته فى حال الحيض لم تعتد) المرأة (بالحيضة التى وقع فيها الطلاق) ؛ لأنه انقضى بعضها ، ولا يقع الاعتداد إلا بالكاملة (وإذا وطئت المعتدة بشبهة) ولو من المطلق (فعليها عدة أخرى) لتجدد السبب (وتداخلت العدتان فيكون ما تراه من الحيض) فى تلك المدة (محتسباً به منهما جميعاً) ، لأن المقصود هو التعرف عن

وَ إِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ الْأُولَى وَلَمْ تَكْمُلِ الثَّانِيَةُ فَإِنَّ عَلَيْهَا تَمَامَ الْعِدَّةِ الثَّانِيَةِ.

وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ ، وَفِي الْوَفَاةِ عَقِيبَ الْوَفَاةِ ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوِ الْوَفَاةِ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْعِدَّةِ فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، أَوْ عَزْمِ الْوَاطِيءِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا ،

فراغ الرحم ، وقد حصل (وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل) العدة (الثانية فإن عليها تمام العدة الثانية) فإذا كان الوطء الثانى بعدما رأت حيضة كانت الأولى من العدة الأولى والثنتان بعدهامن العدتين ، وتجب رابعة لتتم الثانية ، وإن كان الوطء قبل رؤية الحيض فلا شيء عليها إلا ثلاث حيض،وهى تنوب عن ست حيض، كما فى الدرر

(وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق ، وفى الوفاة عقيب الوفاة)، لأنهما السبب فى وجوبها ، فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) فإن لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها)، لأن العدة هى مضى الزمان،فإذا مضت المدة انقضت العدة ، قال فى الهداية: ومشايخنا يفتون فى الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار، نفيا لتهمة المواضعة،اه قال فى التصحيح: يعنى أن مشايخ بخارى وسمرقند يفتون أن من أقر بطلاق سابق وصدقته الزوجة وهما من مظان التهمة لا يصدق فى الإسناد، ويكون ابتداء العدة من وقت الإقرار ، ولا نفقة ولا سكنى للزوجة لتصديقها،قال الإمام أبو على السندى : ما ذكر محمد من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق إليه،أما إذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر ، فلا يصدقان فى الإسناد .اه (والعدة فى النكاح الفاسد) ابتداؤها (عقيب التفريق) من القاضى (بينهما أو) إظهار (عزم الواطىء على ترك وطئها) بأن يقول بلسانه : تركت وطئها ،أو تركتها ، أو خليت سبيلها، ونحوه، ومنه الطلاق، أما مجرد العزم فلا عبرة به، وهذا فى المدخولة، أما غيرها فيكفى تفرق الأبدان، والخلوة فى النكاح

وَعَلَى الْمَبْتُوتَةِ ، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا - إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً مُسْلِمَةً - الْإِحْدَادُ ، وَهُوَ : تَرْكُ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ وَالدُّهْنِ وَالْكُحْلِ إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ ، وَلاَ تَخْتَضِبُ بِالْحِنَّاءِ ، وَلاَ تَلْبَسُ ثَوْباً مَصْبُوغاً بِعُصْفُرٍ وَلاَ بِزَعْفَرَانٍ ، وَلاَ إِحْدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ ، وَلا صَغِيرَةٍ ، وَعَلَى الْأَمَةِ الْإِحْدَادُ ، وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَلاَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِحْدَادٌ .

وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ ، وَلاَ بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الْخِطْبَةِ .

الفاسد لا توجب العدة ، والطلاق فيه لا ينقص العدد ، لأنه فسخ ، جوهرة

(و) يجب (على المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة) ولو أمة (الإحداد) وإن أمرها المطلق أو الميت بتركه ، لأنه حق الشرع ، إظهاراً للتأسف على فوات نعمة النكاح ، وذلك (بترك الطيب والزينة) بحلي أو حرير (والدهن) ولو بلا طيب كزيت خالص (والكحل، إلا من عذر) راجع للجميع، إذ الضرورات تبيح المحظورات (ولا تختضب بالحناء ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا زعفران) ولا ورس لأن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها ، وهي ممنوعة ، فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الوقوع في المحرم (ولا إحداد على كافرة) لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا) على (صغيرة) لأن الخطاب موضوع عنها (وعلى الأمة الإحداد) لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى، بخلاف المنع من الخروج، لأن فيه إبطال حقه ، وحق العبد مقدم لحاجته (وليس في عدة النكاح الفاسد ولا في عدة أم الولد إحداد)، لأنه لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ، ولم يفتهما ذلك

(ولا ينبغي) بل يحرم (أن تخطب المعتدة) أي معتدة كانت (ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء» إلى أن قال : « ولكن لا تواعدوهن سراً، إلا أن تقولوا قولا معروفا » قال عليه الصلاة والسلام: « السر النكاح» وقال ابن عباس رضي الله عنهما: التعريض أن يقول: إني

وَلا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالمَبْتُوتَةِ الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلاً وَلاَ نَهَارًا ، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ ، وَلاَ تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا ، وَعَلَى الْمُعْتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَى حَالَ وُقُوعِ الْفُرْقَةِ ، فَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ لاَ يَكْفِيهَا وَأَخْرَجَهَا الْوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمُ انْتَقَلَتْ ،

أريد أن أتزوج ، وعن سعيد بن جبير فى القول المعروف: إنى فيك لراغب، وإنى أريد أن نجتمع . هداية

(ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة) الحرة (الخروج من بيتها ليلا ولا نهاراً) ؛ لأن نفقتها واجبة على الزوج ،فلا حاجة إلى الخروج ، كالزوجة، حتى لو اختلعت على أن لا نفقة لها ، قيل: تخرج نهاراً لمعاشها ، وقيل: لا ، وهو الأصح ، لأنها هى التى اختارت إسقاط نفقتها، كالمختلعة على أن لا سكنى لها، لايجوز لها الخروج اختياراً ، فيلزمها أن تكترى بيت الزوج، معراج. قيد بالحرة لأن الأمة تخرج فى حاجة المولى كامر (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً أو بعض الليل)، لأنه لا نفقة لها، فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها، وربما يمتد ذلك إلى الليل، حتى لو كان عندها كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها الخروج ، فتح (ولا تبيت فى غير منزلها) لعدم الاضطرار إليه (و) يجب (على المعتدة أن تعتد فى المنزل الذى يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة) حتى لو طلقت وهى فى غير منزلها عادت إليه فوراً فتعتد فيه (فإن كان نصيبها من دار)زوجها (الميت لا يكفيها) لضيقه (فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت) إلى حيث شاءت، لأن هذا الانتقال بعذر، والعبادات تؤثر فيها الأعذار، وصار كما إذا خافت على متاعها، أو خافت سقوط المنزل، أو كانت فيه بأجر ولا تجد ما تؤديه. ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لابد من سترة بينهما ، ثم لابأس به مع السترة ، لأنه معترف بالحرمة ، إلا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه ، فحينئذ تخرج ، لأنه عذر ، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها، وإن جعلا بينهما امرأة ثقة

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُسافِرَ الزَّوْجُ بِالمطَلَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ .

وَإِذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاَقاً بَائِناً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَطَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، كامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَهَا نِصْفُ المَهْرِ وعَلَيْهَا إِتْمَامُ الْعِدَّةِ الأُولَى ،

وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا جَاءتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ

تقدر على الحيلولة فحسن . هداية .

(ولا يجوز أن يسافر الزوج بالمطلقة الرجعية)، لعموم قوله تعالى: « ولا تخرجوهن من بيوتهن » فيتناول الزوج وغيره، وقال زفر: له ذلك، بناء على أن السفر عنده رجعة إذ لا يسافر بها إلا وهو يريد إمساكها، فلا يكون إخراجا للمعتدة، قيدنا بالرجعية لأن المُبَانة لا يجوز السفر بها اتفاقاً، وإن أبانها أو طلقها فى سفر و بينها و بين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها ، و إن كان ثلاثة أيام خيرت ، والعود أفضل إلا أن تكون فى مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد كما فى الهداية .

(و إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها فى عدتها) منه (وطلقها) ثانيا (قبل أن يدخل) أو يختلى (بها فعليه مهر كامل ، وعليها عدة مستقبلة) لأنها مقبوضة بيده بالوطأة الأولى، و بقى أثره ـ وهو العدة ـ فإذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض الواجب فى النكاح ، فيكون طلاقاً بعد الدخول . درر . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف (وقال محمد : لها نصف المهر ، وعليها إتمام العدة الأولى) ؛ لأنه طلاق قبل المسيس ، فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، و إكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول ، هداية . قال الإسبيجابى : الصحيح قولهما ، واختاره المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

(و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به) أى الولد (لسنتين أو أكثر)

مَا لَمْ تُقِرَّ بانْقِضاءِ عِدَّتِها ، فإِنْ جاءتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنَ سَنَتَيْنِ بانَتْ مِنْهُ ، وَإِنْ جاءتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَكانَتْ رَجْعَةً .

وَالمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِها إذا جاءتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ ، فإِنْ جاءتْ بِهِ لِتَمامِ سَنَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ الفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ إلاَّ أَنْ يَدَّعِيَهُ .

ولو طالت المدة، لاحتمال امتداد طهرها وعلوقها فى العدة (مالم تقر بانقضاء عدتها) والمدة تحتمله (وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت منه) أى من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة؛ ولا يصير مراجعة ، لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق و يحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك ، هداية (وإن جاءت به لأكثر من سنتين ثبت نسبه وكانت رجعة) : لأن العلوق بعد الطلاق ، إذ الحل لا يبقى أكثر من سنتين ، والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا من المسلم ، فحمل أمره على أنه وطئها فى العدة فيصير مراجعاً .

(والمبتوتة يثبت نسب ولدها) بلا دعوى ، مالم تقر بانقضاء العدة كامر (إذا جاءت به لأقل من سنتين) لأنه يحتمل أن يكون الولد قائما وقت الطلاق ، فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ، فيثبت نسبه احتياطا (وإن جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة لم يثبت نسبه) من الزوج ، لأنه [illegible] بعد الطلاق ، فلا يكون منه ، لأن وطأها حرام (إلا أن يدعيه) الزوج ، لأنه التزمه ، وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة ، قال فى الهداية : فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يثبت النسب منه إلى سنتين ، لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة ، فأشبهت الكبيرة ، ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة – وهى الأشهر – و بمضيها يحكم الشرع بالانقضاء ، وهو بالدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف . اه .

وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا مَا بَيْنَ الْوَفَاةِ وَ بَيْنَ سَنَتَيْنِ .

وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ .

وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ بِوِلاَدَتِهَا رَجُلاَنِ أَوْ رَجُلٌ وامْرَأَتَانِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبَلٌ ظَاهِرٌ أَو اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ ، فَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ .

(و يثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ولو غير مدخول بها ، إذا لم تقر بانقضاء عدتها (ما بين الوفاة و بين سنتين) وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب ؛ لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا فى الصغيرة ، إلا أنا نقول : لانقضاء عدتها جهة أخرى ، وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة ؛ لأن الأصل فيها عدم الحبل ؛ لأنها ليست بمحل قبل البلوغ . هداية .

(و إذا اعترفت المعتدة) مطلقاً (بانقضاء عدتها) والمدة تحتمله (ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر) من وقت الإقرار (ثبت نسبه) ؛ لظهور كذبها بيقين ، فبطل الإقرار (و إن جاءت به لستة أشهر) فأكثر (لم يثبت نسبه) ؛ لأنه عُلم بالإقرار أنه حدث بعده ، لأنها أمينة فى الإخبار ، وقول الأمين مقبول إلا إذا تحقق كذبه .

(و إذا ولدت المعتدة ولدا) وجُحِدَتْ ولادتها (لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة إلا) بحجة تامة ، وهى (أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) ؛ لأنه حق مقصود فلا يثبت إلا بحجة كاملة ، وتصوُّر اطلاع الرجال عليه مع جوازه للضرورة كاف فى اعتباره (إلا أن يكون هناك حبل ظاهر) وهل تكفى الشهادة بكونه ظاهراً ؟ فى البحر بحثا نعم (أو اعتراف من قبل الزوج) بالحبل (فيثبت النسب من غير شهادة) يعنى

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَثْبُتُ فِي الْجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ .

وَإِذا تزَوَّجَ امْرَأَةً فَجاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ يَوْمِ تزَوَّجَهَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصاعِداً ثَبَتَ نَسَبُهُ إِنِ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ سَكَتَ ، وَإِنْ جَحَدَ الْوِلَادةَ ثَبَتَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ .

وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ سَنَتَانِ ، وَأَقلُّه سِتَّةُ أَشْهُرٍ .

وَإِذا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا .

تامة لأنه إذا كان هناك حمل ظاهر وأنكر الزوج الولادة فلا بد أن تشهد بولادتها القابلة لجواز أن تكون ولدت ولداً ميتاً وأرادت إلزامه ولداً غيره ، جوهرة (وقالا : يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لأن الفراش قائم بقيام العدة ، وهو مُلزِم للنسب ، والحاجة إلى تعيين الولد ، فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح، هداية. قال في التصحيح : واعتمد قولَ الإمام المحبوبيُّ والنسفي وصدر الشريعة .

(وإذا تزوج) الرجل (امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لتحقق سبق العلوق على النكاح (وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه إن اعترف به الزوج أوسكت) ، لأن الفراش قائم ، والمدة تامة (وإن جحد) الزوج (الولادة يثبت) نسبه (بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة) ، لأن النسب ثابت بالفراش، والحاجة إلى تعيين الولد ، وهو يتعين بشهادة المرأة كما مر.

(وأكثر مدة الحمل سنتان) ، لقول عائشة رضى الله عنها : « الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ، ولو بظل مغزل » والظاهر أنها قالته سماعاً ، إذ العقل لا يهتدى إليه . هداية (وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ثم قال : « وفصاله في عامين » فبقي للحمل ستة أشهر .

(وإذا طلق الذمي الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) عند أبي حنيفة ، إذا

وَإِذا تزَوَّجَتِ الْحَامِلُ مِنَ الزِّنا جَازَ النِّـكَاحُ ، وَلاَ يَطَؤُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

كتاب النفقات

النَّفَقَةُ واجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا ،مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً ، إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا فِي مَنْزِلِهِ

كان ذلك فى دينهم، لأنها إنما تجب لحق الله تعالى وحق الزوج، وهى غير مخاطبة بحقوق الله تعالى كالصلاة والصوم ،والزوج قد أسقط حقه،لعدم اعتقاده حقيتها كما فى الجوهرة، قال جمال الإسلام فى شرحه :وقال أبو يوسف ومحمد : عليها العدة ،والصحيح قوله ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما . تصحيح .

(وإن تزوجت الحامل من الزنا جاز النكاح)لأن ماء الزانى لا حرمة له(و)لكن (لا يطؤها حتى تضع حملها)لئلا يسقى ماءه زرعَ غيره، إلا أن يكون هو الزانى .قال الإسبيجابى: وهذا قول أبى حنيفة ومحمد،وقال أبو سيف:لايجوز ، والصحيح قوله، ومشى عليه الأئمة المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . تصحيح .

كتاب النفقات

جمع نفقة ،وهى لغةً : ماينفقه الإنسان على عياله ،وشرعاً ـ كما قال هشام :سألت الإمام محمدا عن النفقة ، فقال : هى الطعام والكسوة والسكنى .

وتجب بأسباب ثلاثة : زوجية ، وقرابة ، وملك

ولما كانت الزوجية أصل النسب،والنسب أقوى من الملك ـ بدأ بالزوجية فقال: (والنفقة واجبة للزوجة على زوجها) ولو صغيرا ، أو فقيراً (مسلمة كانت)الزوجة (أو كافرة) فقيرة أو غنية ، موطوءة أولا، ولو رتقاء أو قرناء أو معتوهة أو كبيرة لا توطأ أو صغيرة لا تطيق الوطء ،ولا تصلح للخدمة أو للاستئناس (إذا سلمت نفسها)للزوج (فى منزله)قال فى التصحيح: هذه رواية عن أبى يوسف،وظاهر الرواية ما فى المبسوط

فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَكُسْوَتُهَا وَسُكْنَاهَا .

يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِمَا جَمِيعاً ، مُوسِراً كَانَ الزَّوْجُ أَوْ مُعْسِرًا .

فَإِنِ امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ .

وَإِنْ نَشَزَتْ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهِ .

والمحيط من أنها تجب لها قبل الدخول والتحول إذا لم تمتنع عن المقام معه اه (فعليه نفقتها) أى العرفية، وهى: المأكول ، والمشروب (وكسوتها وسكناها) وإنما فسرنا النفقه بالعرفية لأن النفقة الشرعية تشمل الكل كما مر .

(يعتبر ذلك بحالهما) أى الزوجين (جميعاً، موسرا كان الزوج أو معسراً) قال فى الهداية :وهذا اختيار الخصاف، وعليه الفتوى .اه.وهذا خلاف ظاهر الرواية ، وظاهر الرواية ـ وهو اختيار الكرخى ـ يعتبر حال الزوج ،وفى شرح الإسبيجابى: الصحيح ماذكره الخصاف، وفى الجواهر : والفتوى على قول الخصاف ،وفى شرح الزاهدى: وعليه الفتوى ،وعليه مشى المحبوبى والنسفى كما فى التصحيح ،وحاصله أنه إن كانا موسرين تجب نفقة اليسار ،وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار،وإن كانا مختلفين فعلى ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج، وعلى ما اختاره صاحب الهداية فبين الحالين، إلا أنه إذا كان هو المعسر يطالب بقدر وسعه والباقى دين عليه إلا الميسرة كما فى الدرر .

فإذا امتنعت الزوجة (من تسليم نفسها) ولو بعد الدخول بها (حتى يعطيها مهرها) المعجل (فلها النفقة)؛ لأنه منع بحق ؛فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله، فيجعل كلافائت ،هداية قيدنا بالمعجل لأنه إذا كان مؤجلا ولو كله أو بعضه واستوفت الحال ليس لها أن تمنع نفسها عندها، خلافا للثانى، وكذا لو أجلته بعد العقد كما فى الجوهرة

(وإن نشزت) أى: خرجت من بيته بلا إذنه بغير حق ولو بعد سفره (فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله) ؛ لأن فوت الاحتباس منها ، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة ،بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين فى بيت الزوج؛ لأن الاحتباس قائم؛ والزوج يقدر على الوطء كرها،هداية. وإذا كان الزوج معها فى بيتها فمنعته من الدخول عليها كانت ناشزة ، إلا أن تسأله التحول عنه كما فى الجوهرة .

وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لاَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيراً لا يَقْدِرُ عَلَى الْوَطءِ وَالْمَرْأَةُ كَبِيرَةً فَلَهَا النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ .

وَإِذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَه فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا ، رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِناً .

وَلاَ نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا

(و إذا كانت) الزوجة (صغيرة لا يستمتع بها) ولو للخدمة أو الاستئناس كما مر. (فلا نفقة لها وإن سلمت نفسها إليه)؛ لأن النفقة مقابلة باحتباسها له؛ والاحتباس له بكونها منتفعًا بها. قيد بالنفقة لأن المهر يجب بمجرد العقد وإن كانت لا يتمتع بها كما في الجوهرة

(وإذا كان الزوج صغيراً) بحيث (لا يقدر على الوطء والمرأة كبيرة) بحيث يستمتع بها (فلها النفقة من ماله) ؛ لأن التسليم محقق منها، و إنما العجز من قبله، فصار كالمجبوب والعنين قيد بالكبيرة لأنها لو كانت صغيرة أيضا لم تجب لها النفقة ؛ لأن المنع جاء من قبلها ، فغاية ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم، فالمنع من قبلها قائم ، ومع قيامه من قبلها لا تستحق النفقة كما في الدرر عن النهاية .

(و إذا طلق الرجل امرأته فلها) عليه (النفقة والسكنى في) مدة (عدتها، رجعيا كان) الطلاق (أو بائنا) أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا ؛ فإنه يحل له الوطء ، وأما البائن فلأن النفقة جزاء الاحتباس كما مر ، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح ـ وهو الولد ـ إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ، ولهذا كان لها السكنى بالإجماع كما في الهداية .

(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها)، لأنها تجب في ماله شيئاً فشيئاً ، ولا مال له بعد الموت ، ولا يمكن إيجابها على الورثة كما في الدرر (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية) كالردة وتقبيل ابن الزوج (فلا نفقة لها)؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق

وَإِنْ طَلَّقَهَا ثُمَّ ارْتَدَّتْ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا ، وَإِنْ أَمْكَنَتِ ابْنَ زَوْجِهَا مِنْ نَفْسِهَا : إِنْ كَانَ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلَهَا النَّفَقَةُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الطَّلَاقِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِذَا حُبِسَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَيْنٍ أَوْ غَصَبَهَا رَجُلٌ كَرْهًا فَذَهَبَ بِهَا أَوْ حَجَّتْ مَعَ مَحْرَمٍ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا

وَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ .

فصارت كأنها ناشزة . قيد بالمعصية لأنها إذا كانت بسبب مباح كما إذا اختارت نفسها للادراك أو العتق أو لعدم الكفاءة فلها النفقة كما فى الجوهرة (وإن طلقها) الزوج ولو ثلاثاً (ثم ارتدت سقطت نفقتها ، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها : إن كان)ذلك(بعد الطلاق فلها النفقة) لأن الفرقة تثبت بالطلاق ، ولا عمل فيها للردة والتمكين ، إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب ، ولا نفقة للمحبوسة، والممكنة لا تحبس ؛ فلها النفقة كما فى الدرر . (وإن كان قبل الطلاق فلا نفقة لها) ؛ لثبوت الفرقة بالتمكين (وإذا حبست المرأة فى دين ، أو غصبها رجل كرها فذهب بها ، أو حجت) ولو (مع محرم فلا نفقة لها) لفوات الاحتباس، إلا أن تكون مع الزوج فتجب لها نفقة الحضر ، وعن أبي يوسف أن للمغصوبة والحاجّة مع المحرم لها النفقة، قال فى التصحيح : والمعتمد الأول ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى وغيرهما .

(وإن مرضت) الزوجة (فى منزل الزوج فلها النفقة) استحسانا ؛ لأن الاحتباس قائم ؛ فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ؛ والمانع إنما هو لعارض فأشبه الحيض ، وعن أبي يوسف : إذا سلمت نفسها ثم مرضت فلها النفقة ؛ لتحقق التسليم ، وإن مرضت ثم سلمت لا تجب ؛ لأن التسليم لم يصح ، وهو حسن ، وفى كلام المصنف ما يشير إليه حيث قال : « وإن مرضت فى منزل الزوج » احترازاً عما إذا مرضت فى بيت أبيها كما فى الجوهرة .

وَتُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَةُ خَادِمِهَا إِذَا كَانَ مُوسِرًا ، وَلَا تُفْرَضُ لِأَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ .

وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُنْفَرِدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ ، إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مَعَهَا .

وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدَيْهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَهْلَهَا مِنَ الدُّخُولِ

(وتفرض على الزوج نفقة خادمها إذا كان) الزوج (موسراً) وهى حرة كما فى الجوهرة قال فى الهداية : وقوله فى الكتاب « إذا كان موسراً » إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وهو الأصح خلافا لما قاله محمد ؛ لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية ، وهى قد تكتفى بخدمة نفسها . اهـ . وفى قاضيخان : فإن لم يكن لها خادم لا تستحق نفقة الخادم فى ظاهر الرواية ، موسراً كان الزوج أو معسرا ، ثم قال : والصحيح أن الزوج لا يملك إخراج خادم المرأة . اهـ . (ولا تفرض) النفقة (لأكثر من خادم واحد) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف : تفرض لخادمين ،قال الإسبيجابى : والصحيح قولهما ، ومشى عليه المحبوبى والنسفى . تصحيح .

(وعليه) أى على الزوج (أن يسكنها فى دار منفردة) بحسب حالهما، كالطعام والكسوة (ليس فيها أحد من أهله) سوى طفله الذى لا يفهم الجماع وأمته وأم ولده كما فى الدر (إلا أن تختار) المرأة (ذلك) لرضاها بانتقاص حقها (وإن كان له ولد من غيرها) بحيث يفهم الجماع (فليس له أن يسكنه معها) ؛ لأن السكنى واجبة لها ،فليس له أن يشرك غيرها، لأنها تتضرر به ، فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها من المعاشرة مع زوجها .

(وللزوج أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها) أى محارمها (من الدخول

عَلَيْهَا ، وَلاَ يَمْنَعُهُمْ مِنَ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَكَلاَمِهَا أَيَّ وَقْتٍ اخْتَارُوا .

وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا ، وَيُقَالُ لَهَا : اسْتَدِينِي عَلَيْهِ

وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ وَهُوَ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ فَرَضَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ الْمَالِ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الْغَائِبِ وَأَوْلاَدِهِ الصِّغَارِ وَوَالِدَيْهِ ، وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلاً بِهَا ،

عليها ؛ لأن المنزل ملكه ، فله حق المنع من دخوله (ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها فى أى وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم ، وليس له فى ذلك ضرر ، وقيل : لا يمنعهم من الدخول والكلام ، و إنما يمنعهم من القَرَار ، وقيل : لا يمنعها من الخروج إليهما ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة ، وغيرهما من المحارم التقدير بسَنَةٍ ، وهو الصحيح كما فى الهداية .

(ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما) بل يفرض القاضى النفقة (و يقال لها : استدينى عليه) ، لأن فى التفريق إبطال حقه من كل وجه ، وفى الاستدانة تأخير حقها مع إبقاء حقه ، فكان أولى ، لكونه أقل ضرراً ، قال فى الهداية : وفائدة الأمر بالأستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج .

(و إذا غاب الرجل وله مال فى يد رجل) أو عنده (وهو يعترف به)أى بما فى يده أو عنده من المال (و بالزوجية) وكذا إذا علم القاضى ذلك ، هداية (فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولْدِه) بضم فسكون ــ جمع ولد كأسد جمع أسد (الصغار ووالديه) إذا كان المال من جنس حقهم : أى دراهم أودنانير ،أوطعام أو كسوة من جنس حقهم، بخلاف ما إذا كان من خلاف جنسه ،لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق ،درر (و يأخذ منها) القاضى(كفيلا بها) أى بالنفقة ، و يحلفها بالله ما أعطاها النفقة ، نظراً للغائب ،لأنها ربما استوفت النفقة،أوطلقها الزوج

وَلاَ يُقْضَى بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ الْغَائِبِ إلاَّ لِهَؤُلاَءِ .

وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ الْمُوسِرِ .

وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ فَلاَ شَيْءَ لَهَا ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ ، أَوْ صَالَحَتِ الزَّوْجَ عَلَى مِقْدَارِهَا ، فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى

وانقضت عدتها ، وكذا كل آخذ نفقته (ولا يقضى بنفقة فى مال الغائب إلا لهؤلاء) لأن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ، ولهذا كان لهم أخذها بأنفسهم ؛ فكان قضاء القاضى إعانة لهم ، أما غيرهم من المحارم إنما تجب نفقتهم بالقضاء ، والقضاء على الغائب لا يجوز ، قال فى النهاية : ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقراً به فأقامت البينة على الزوجية ، أو لم يخلف مالا فأقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة — لا يقضى القاضى بذلك ؛ لأن فى ذلك قضاء على الغائب ، وقال زفر : يقضى ؛ لأن فيه نظراً لها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، إلى أن قال : وعمل القضاة اليوم على هذا . اه . قال فى الدرر عازيا إلى البحر : وهذه من الست التى يفتى بها بقول زفر ، وعليه فلو غاب وله زوجة وصغار تقبل بينتها على النكاح إن لم يكن عالما به ، ثم يفرض لهم ، ويأمرها بالإنفاق أو الاستدانة لترجع . اه .

(وإذا قضى القاضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر) الزوج (فخاصمته تمم) القاضى (لها نفقة الموسر) ؛ لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والإعسار ، فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها .

(وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج) فيها (عليها فطالبته) الزوجة (بذلك فلا شىء لها) ، لأن النفقة فيها معنى الصلة ، فلا يستحكم الوجوب وتصير دينا (إلا) بالقضاء ، وهو (أن يكون القاضى فرض لها النفقة) عليه (أو) الرضا ، بأن تكون الزوجة قد (صالحت الزوج على مقدارها) ففرض لها على نفسه قدراً معلوما ولم ينفق عليها حتى مضت مدة (فيقضى لها بنفقة ما مضى) لأن فرضه على نفسه آكد من فرض القاضى ،

وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَ مَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ وَمَضَتْ شهُورٌ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ . وإنْ أَسْلَفَهَا نَفقَةَ سَنَةٍ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْها شَيْءٌ ، وقالَ مُحَمَّدٌ : يُحْتَسَبُ لَهَا نَفقَةُ مَا مَضَى ومَا بَقِيَ للزَّوْجِ .

وإذا تَزَوَّجَ العَبْدُ حُرَّةً فنَفقتُها دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيها .

لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية الغير عليه ، وإذا صارت النفقة ديناً عليه لم تسقط بطول الزمان ، إلا إذا مات أحدهما ، أو وقعت الفرقة كما صرح به المصنف بقوله : (وإذا مات الزوج) أو الزوجة (بعد ماقضى عليه بالنفقة ومضت شهور) ولم ينفق عليها (سقطت النفقة) المتجمدة عليه ، لما مر أن فيها معنى الصلة ، والصلات تسقط بالموت قبل القبض .

(وإن أسلفها) الزوج (نفقة) جميع (السنة ثم مات) هو أو هى (لم يسترجع) بالبناء للمجهول (منها) أى النفقة المسلفة (شيء) ؛ لأنها صلة وقد اتصل بها القبض ، ولا رجوع فى الصلات بعد الموت ؛ لانتهاء حكمها كما فى الهبة . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف (وقال محمد : يحتسب لها نفقة مامضى ، وما بقى) يسترد (للزوج) قال فى زاد الفقهاء والتحفة : الصحيح قولهما ، وفى فتح القدير : الفتوى على قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما . تصحيح .

(وإذا تزوج العبد حرة) بإذن مولاهُ (فنفقتها) المفروضة (دين عليه) ، لزومها بعقد باشرهُ بإذن المولى ، فيظهر فى حقه كسائر الديون (يباع فيها) إذا لم يفْدِهِ المولى . ذخيرة . وهكذا مرة بعد أخرى إذا تجدد عليه نفقة أخرى بعد ما اشتراه مَنْ علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى ، وإنما قيدت بالمفروضة لأنها بدون فرض تسقط بالمضى ، كنفقة زوجة الحر كما فى النهر ، قال فى الفتح : وينبغى أن لايصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ، ولاتهامِهِ بقصد الزيادة لإضرار المولى . اهـ .

وإذا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ أَمَةً فَبَوَّأَها مَوْلاهَا مَعَهُ مَنْزِلاً فَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ ، وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئْهَا فلاَ نَفَقَةَ لَهَا .

وَنَفَقَةُ الأَوْلادِ الصِّغَارِ عَلَى الأب،لا يُشارِكُه فِيها أَحَدٌ ، كَمَا لا يُشارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ أَحَدٌ .

فإنْ كانَ الصَّغِيرُ رَضِيعاً فَلَيْسَ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ .

(وإذا تزوج الرجل أمَةً) قِنَّةً أو مدبرة أو أم ولد (فبوّأها) أى خلاّها (مولاها معه) أى مع الزوج (منزلا) أى فى منزل الزوج ، بأن بعثها إلى منزله وترك استخدامها (فعليه) أى الزوج (النفقة) لتحقق الاحتباس (وإن لم يبوئها) مولاها منزل الزوج أولم يترك استخدامها (فلا نفقة لها)عليه لعدم الاحتباس،قال فى الهداية: ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة ؛ لأنه فات الاحتباس ، ولو خدمته أحيانا من غير أن يستخدمها لاتسقط النفقة ؛ لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً. اهـ .

(ونفقة الأولاد الصغار) الفقراء الأحرار (على الأب ، لايشاركه فيها أحد) موسراً كان الأب أو معسراً ، غير أنه إذا كان معسراً والأم موسرة تؤمر الأم بالإنفاق ويكون ديناً على الأب كما فى الجوهرة ، قيدنا بالفقراء الأحرار لأن نفقة الأغنياء فى مالهم والأرقاء على مالكهم (كما) أنه (لايشاركه)أى الأبَ(فى نفقة الزوجة أحد) مالم يكن معسراً فيلحق بالميت ،فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب، إلا الأم موسرة . بحر ، قال:وعليه فلابد من إصلاح المتون اهـ. قال شيخنا : لأن قول المتون « إن الأب لايشاركه فى نفقة ولده أحد » يقتضى أنه لو كان معسراً وأمر غيره بالإنفاق يرجع ، سواء كان أما أوجدا أو غيرهما، إذ لو لم يرجع عليه لحصلت المشاركة ، وأجاب المقدسى بحمل مافى المتون على حالة اليسار اهـ .

(فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه) قضاء ، لأن إرضاعه يجرى مجرى النفقة، ونفقته على الأب كما مر، ولكن تؤمر به ديانة ؛ لأنه من باب الاستخدام

وَيَسْتَأْجِرُ لَهُ الْأَبُ مَنْ تُرْضِعُهُ عِنْدَهَا ، فَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا لَمْ يَجُزْ ، وَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا عَلَى إِرْضَاعِهِ جَازَ ، فَإِنْ قَالَ الْأَبُ لا أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا فَرَضِيَتِ الْأُمُّ بِمِثْلِ أَجْرِ الْأَجْنَبِيَّةِ كَانَتِ الْأُمُّ أَحَقَّ بِهِ ، وَإِنِ الْتَمَسَتْ زِيَادَةً لَمْ يُجْبَرِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا .

ككنس البيت والطبخ والخبز ، فإنها تؤمر بذلك ديانة ، ولا يجبرها القاضي عليها لأن المستحق عليها بعد النكاح تسليم النفس للاستمتاع لا غير ، ثم هذا حيث لم تتعين ، فإن تعينت لذلك - بأن كان لا يأخذ ثدى غيرها - فإنها تجبر على إرضاعه صيانة له عن الهلاك . جوهرة (ويستأجر له الأب من ترضعه عندها) ؛ لأن الحضانة لها (فإن استأجرها) أى استأجر الأبُ أمَّ الصغير (وهى زوجته أو معتدته) من طلاق رجعى (لترضع ولدها لم يجز) ذلك الاستئجار لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة ، إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها ، فكان الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه . هداية قيد بولدها لأنه لو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها جاز ، لأنه غير مستحق عليها ، وقيدنا المعتدة بالرجعى لأن المعتدة من البائن فيها روايتان ، والصحيحة منهما أنه يجوز ، لأن النكاح قد زال فهى كالأجنبية كما فى الجوهرة (وإن انقضت عدتها فاستأجرها على إرضاعه) أى الولد (جاز) لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية (وإن قال الأب لا أستأجرها) أى الأم (وجاء بغيرها) لترضعه عندها (فرضيت الأم بمثل أجرة) تلك (الأجنبية كانت الأم أحق به) ، لأنها أشفق ، فكان نظراً للصبى فى الدفع إليها ، هداية (فإن التمست زيادة) عن الأجنبية ولو بدون أجر المثل أو متبرعة . زيلعى (لم يجبر الزوج عليها) دفعاً للضرر عنه ، وإليه الإشارة فى قوله تعالى : « لا تُضَارَّ والدة بولدها ولا مولود له بولده » أى بإلزامه أكثر من أجرة الأجنبية . هداية . قيد بأجرة الإرضاع لأن الحضانة تبقى للأم فترضعه الأجنبية كما صرح فى البدائع ، ولا تكون الأجنبية

وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَإِنْ خَالَفَتْهُ فِي دِينِهِ .

كتاب الحضانة

وَإِذَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْأُمُّ فَأُمُّ الْأُمِّ أَوْلَى مِنْ أُمِّ الْأَبِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَأُمُّ الْأَبِ أَوْلَى مِنَ الْأَخَوَاتِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ جَدَّةٌ فَالْأَخَوَاتُ أَوْلَى مِنَ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ وَتُقَدَّمُ الْأُخْتُ

المتبرعة بالحضانة أولى منها إذا طلبته بأجر المثل ، نعم لو تبرعت العمة بحضانته من غير أن تمنع الأم عنه والأب معسر ، فالصحيح أن يقال للأم : إما أن تمسكيه بلا أجر أو تدفعيه إليها ، قال شيخنا : و به ظهر الفرق بين الحضانة والإرضاع ، وهو أن الإرضاع إلى غير الأم لا يتوقف على طلب الأم أكثر من أجر المثل ، ولا بإعسار الأب ولا بكون المتبرعة عمة أو نحوها من الأقارب . اهـ .

(ونفقة الصغير واجبة على أبيه و إن خالفه فى دينه) ؛ لإطلاق قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن » ولأنه جزؤه ، فيكون فى معنى نفسه . هداية (كما تجب نفقة الزوجة على الزوج و إن خالفته فى دينه) ؛ لأن نفقتها بمقابلة الاحتباس الثابت بالعقد ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة ، فوجبت النفقة .

كتاب الحضانة

(و إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم) ولو كتابية (أحق بالولد) لما مر أنها أشفق عليه وأعرف بتربيته (فإن لم تكن أم فأم الأم) و إن بعدت (أولى من أم الأب) ؛ لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات (فإن لم تكن) أم الأم (فأم الأب و إن بعدت أيضاً (أولى من الأخوات) مطلقا لأنها أكثر شفقة منهن لأن قرابتها قرابة ولاد (فإن لم تكن جدة) مطلقا (فالأخوات) مطلقا أولى (من العمات والخالات) مطلقا لأنهن أقرب ، ولأنهن أولاد الأبوين ، ولهذا قدمن فى الميراث (وتقدم الأخت

مِنَ الْأَبِ وَالْأمِّ ، ثُمَّ الْأخْتُ مِنَ الْأمِّ ، ثُمَّ الْأخْتُ مِنَ الْأبِ ، ثُمَّ الْخَالَاتُ أَوْلَى مِنَ الْعَمَّاتِ ، وَيَنْزِلْنَ كَذَلِكَ ، ثُمَّ الْعَمَّاتُ يَنْزِلْنَ كَذَلِكَ ، وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ سَقَطَ حَقُّهَا إِلَّا الْجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الْجَدَّ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِهِ وَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَوْلَاهُمْ بِهِ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيباً

من الأب والأم) لأنها ذات قرابتين (ثم الأخت من الأم) ، لأن الحق من قبلها (ثم الأخت من الأب) ثم بنات الأخت لأبوين ، ثم لأم (ثم الخالات أولى من العمات) ومن بنات الأخت لأب ، ترجيحا لقرابة الأم ، و (ينزلن كما ينزلن الأخوات) فترجح ذات القرابتين ، ثم قرابة الأم ، ثم بنت الأخت لأب ، قال فى الخانية : اختلفت الرواية فى بنت الأخت لأب مع الخالة ، والصحيح أن الخالة أولى . اه (ثم العمات) و (ينزلن كذلك) ثم خالة الأم كذلك، ثم خالة الأب كذلك، ثم عمة الأم كذلك ، ثم عمة الأب كذلك، بهذا الترتيب (وكل من تزوجت من هؤلاء) المذكورات بأجنبي من الصغير (سقط حقها) من الحضانة ، لأن الأجنبي يعطيه نَزْراً ، وينظر إليه شَزْراً ، فلا نظر فى ذلك للصغير ، بخلاف ما إذا كان الزوج ذا رحم محرم من الصغير كما يصرح بذلك بقوله :(إلا الجدة إذا كان زوجها الجد) أى فلا يسقط حقها، لأنه قام مقام أبيه فينظر إليه ، وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه، لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة ، هداية . وتعود الحضانة بالفرقة ، لزوال المانع، والقول لها فى نفى الزوج وكذا فى تطليقه أن أبهمته لا إن عينته كما فى الدر (فإن لم تكن للصبى امرأة من أهله) تستحق الحضانة (فاختصم فيها الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا) لأن الولاية للأقرب ، وقد عرف الترتيب فى موضعه ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير مَحْرَم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة . هداية. ثم إذا لم يكن عصبة فلذوى الأرحام ، فإن استووا فأصلحهم ، ثم أورعهم ، ثم أكبرهم ولا حق لولد عم وعمة وخال وخالة ، لعدم المحرمية كما فى الدر .

وَالأمُّ وَالجدَّةُ أحَقُّ بِالغُلاَمِ حَتّى يَأْكُلَ وَحْدَهُ وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ وَيَسْتَنْجِيَ وحْدَهُ ، و بِالجارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ ، وَمَنْ سِوَى الامِّ والجدَّةِ أحَقُّ بِالجارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى

والامَةُ إِذَا أعْتَقَهَا مَوْلاَهَا وَأُمُّ الْوَلَدِ إذا أُعْتِقَتْ فِي الْوَلَدِ كالحُرَّةِ ، وَلَيْسَ لِلأَمَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ العِتْقِ حَقٌّ فِي الوَلَدِ ، وَالذِّمِّيَّةُ أحَقُّ بِوَلَدِهَا المُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الأَدْيَانَ ويُخَافُ أنْ يَألَفَ الكُفْرَ .

(و الأم و الجدة أحق بالغلام حتى) يستغنى، بأن (يأ كل وحده) و يشرب وحده (و يلبس وحده ، ويستنجى وحده)، لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء، قال فى الهداية : و وجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بآداب الرجال و أخلاقهم و الأب أقدر على التأديب و التثقيف . والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب اهـ. (و) هما أحق (بالجارية حتى تحيض) أى تبلغ ، لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء ، والمرأة على ذلك أقدر ، و بعد البلوغ تحتاج إلى التحصين و الحفظ، و الأب فيه أقوى و أهدى . هداية. (و من سوى الأم و الجدة) ممن لها الحضانة (أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى) وقدر بتسع ، و به يفتى كما فى الدر ، وفى التنوير : وعن محمد أن الحكم فى الأم والجدة كذلك ، وبه يفتى . اهـ . وفى المنح قال مولانا صاحب البحر : والحاصل أن الفتوى على خلاف ظاهر الرواية ؛ فقد صرح فى التجنيس بأن ظاهر الرواية أنها أحق بها حتى تحيض ، واختلف فى حد الشهوة ، فقدره أبو الليث بتسع سنين ، وعليه الفتوى ، كذا فى تبيين الكنز. اهـ

(و الأم إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت فى) ثبوت حق حضانة (الولد كالحرة) ، لأنهما حرتان أوانَ ثبوت الحق (وليس للأمة وأم الولد قبل العتق حق فى الولد) لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (و الذمّيّة أحق بولدها المسلم سواء كان ذكرا أو أنثى (ما لم يعقل الأديان و يخاف عليه أن يألف الكفر) للنظر قبل ذلك ، واحتمال الضرر بعده . هداية .

وَإذا أَرَادَتِ الْمُطَلَّقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِنَ الْمِصْرِ فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ إلاَّ أَنْ تُخْرِجَهُ إِلى وَطَنِهَا وَقَدْ كانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ .

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إذا كانُوا فُقَرَاء وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ ،

(وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر) إلى مصر آخر ، وبينهما تفاوت بحيث لا يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره (فليس لها ذلك) لما فيه من الإضرار بالأب ، لعجزه عن مطالعة ولده (إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها) أى عقد عليها (فيه) أى وطنها ولو قرية فى الأصح كما فى الدر ؛ لأنه التزم ذلك عادة ، لأن من تزوج فى بلد يقصد المقام به غالبا . قال فى الهداية: وإذا أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار فى الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك ، وذكر فى الجامع الصغير أن لها ذلك . وجه الأول أن التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا ، وهذا أصح .

فالحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً : الوطن ، ووجود النكاح ، وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت ، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا بأس ، وكذا الجواب فى القريتين، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به ، لأن فيه نظراً للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر، وليس فيه ضرر بالأب، وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد، فليس لها ذلك

(و) يجب (على الرجل) الموسر يسار الفطرة (أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته) سواء كانوا من قبل الأب أو الأم (إذا كانوا فقراء) ولو قادرين على الكسب ، والقول لمنكر اليسار ، والبينة لمدعيه كما فى الدر ، وفى الخلاصة المختار أن الكسوب يدخل أبويه فى نفقته . اهـ ، وعليه الفتوى (وإن خالفوه فى دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى « وصاحبهما فى الدنيا معروفاً » نزلت فى الأبوين الكافرين ، وليس من المعروف أن يعيش فى نعم الله تعالى ويتركهما

وَلاَ تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلاَفِ الدِّينِ إِلاَّ لِلزَّوْجَةِ وَالأَبَوَيْنِ وَالأَجْدَادِ وَالجَدَّاتِ وَالوَلَدِ وَوَلَدِ الوَلَدِ ، وَلاَ يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ .

وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إِذَا كَانَ صَغِيراً فَقِيراً ، أَوْ كَانَتِ امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً ، أَوْ كَانَ ذَكَراً زَمِناً أَوْ أَعْمَى فَقِيراً ،

يموتان جوعاً ، وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ،ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه . هداية (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة و الأبوين و الأجداد والجدات والولد وولد الولد) لما مرَّ من أن نفقة الزوجة بمقابلة الاحتباس ، وأما غيرها فلثبوت الجزئية ، وجزء المرء في معنى نفسه،فكما لاتمتنع نفقة نفسه بكفر لاتمتنع نفقة جزئه ، إلا أنهم إذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم ، ولو مستأمنين ، لنهينا عن بر من يقاتلنا في الدين كما في الهداية (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) ، لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص ، ولأنه أقرب الناس إليهما . بحر . وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية ، وهوالصحيح ، لأن المعنى يشملهما ، هداية . قال في التصحيح :وهوأظهر الروايتين عن أبي حنيفة ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وبه يفتى ، وَاحترز بهعن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنها بين الذكور والإناث ثلاثا . اه .

(والنفقة) تجب (لكل ذي رحم محرم) منه (إذا كان صغيرا فقيرا ، أو كانت امرأة) ولو (بالغة) إذا كانت (فقيرة أو كان) ذو الرحم (ذكرا زمناً أو أعمى) وكان (فقيرا) لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة،والفاصل أن يكون ذا رحم محرم ، وقد قال الله تعالى : «وعلى الوارث مثل ذلك» وفي قراءة ابن مسعود « وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك» ثم لا بد من الحاجة والصغر و الأنوثة، والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز ،فإن القادرعلى الكسب غنى بكسبه ، بخلاف الأبوين لأنهما يلحقهما تعب الكسب والولدمأموربدفع الضرر

وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى مِقْدَارِ الْمِيرَاثِ .

وَتَجِبُ نَفَقَةُ الِابْنَةِ الْبَالِغَةِ وَالِابْنِ الزَّمِنِ عَلَى أَبَوَيْهِ أَثْلَاثًا : عَلَى الْأَبِ الثُّلُثَانِ ، وَعَلَى الْأُمِّ الثُّلُثُ .

عنهما ، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب . هداية . قيد بالمحرم لأن الرحم غير المحرم لاتجب نفقته كابن العم وإن كان وارثا ، ولا بد أن تكون المحرمية بجهة القرابة ، ولذا قيدنا المحرمية بقولنا « منه » أى الرحم ،فلو كان قريبا محرما من غير جهة الرحم كابن العم إذا كان أخا من الرضاع فإنه لا نفقة له كما فى البحر عن شرح الطحاوى ، (ويجب ذلك) عليهم (على قدر الميراث) لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ، ولأن الغرم بالغنم . هداية .

(وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) والأعمى ، إذا كانوا فقراء (على أبويه أثلاثا) على قدر ميراثهما (على الأب الثلثان ، وعلى الأم الثلث) ، لأن الميراث لهما على هذا ، قال فى الهداية : وهذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن ، وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الأب ، قال المحبوبى : وبه يفتى ، ومشى عليه صدر الشريعة والنسفى . تصحيح .

واعلم أن مسائل هذا الباب مما تحير فيه أولو الألباب ، وقد اقتحم شيخنا له ضابطا لم يسبق إليه ، ولم يحم أحد قبله عليه ، مأخوذ من كلامهم تصريحا أو تلويحا ، جامعا لفروعهم جمعا صحيحا ، بحيث لا يخرج عنه شاذة ، ولا يغادر منها فاذة .

وحاصله أنه لا يخلو : إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد واحدا أو أكثر والأول ظاهر ، وهو أنه تجب النفقة عليه ، والثانى : إما أن يكونوا فروعا فقط ، أو فروعا وحواشى ، أو فروعا وأصولا ، أو فروعا وأصولا وحواشى ، أو أصولا فقط ، أو أصولا وحواشى ، فهذه ستة أقسام ؛ وبقى قسم سابع تتمة الأقسام العقلية وهو الحواشى فقط نذكره تتميما للأقسام وإن لم يكن من قرابة الولاد

القسم الأول والثانى : الفروع فقط ، والفروع مع الحواشى ، والمعتبر فيهم القرب والجزئية دون الميراث ، ففى ولدين لمسلم - ولو أحدهما نصرانيا أو أنثى - عليهما سوية ، وفى بنت وابن ابن على البنت فقط ، وفى بنت وأخت شقيقة على البنت فقط ، وفى ابن نصرانى وأخ مسلم على الابن فقط ، وفى ولد بنت وأخ شقيق على ولد البنت ؛ لترجحهما بالجزئية مع التساوى فى القرب ، لإدلاء كل منهما بواسطة .

القسم الثالث والرابع : الفروع مع الأصول ، والفروع مع الأصول والحواشى ، والمعتبر فيهم الأقرب جزئية ، فإن لم يوجد فالترجيح ، فإن لم يوجد فالإرث. ففى أب وابن على الابن لترجحه بأنت ومالك لأبيك ، وكذا الأم مع الابن . وفى جد وابن وابن على قدر الميراث أسداسا ، للتساوى وعدم المرجح، والحواشى تسقط بالفروع لترجحهم بالقرب والجزئية ، فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول .

القسم الخامس : الأصول فقط ، فإن كان فيهم أب فعليه فقط ، و إلا فإما أن يكون البعض وارثا والبعض غير وارث ، أو كلهم وارثين ، ففى الأول يعتبر الأقرب جزئية ، فإن تساووا فى القرب ترجح الوارث ، ففى جد لأم وجد لأب على الجد لأب فقط ، لترجحه بالإرث ، وفى الثانى - أعنى لو كان الكل وارثين - فكالإرث ، ففى أم وجد لأب عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية . خانية .

القسم السادس : الأصول مع الحواشى ، فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ، فيقدم الأصل و إن كان غير الوارث ، ففى جد لأم وعم على الجد ، و إن كان كل منهما وارثا اعتبر الإرث، ففى أم وأخ عصبى على الأم الثلث وعلى الأخ الثلثان ، و إذا تعددت الأصول فى هذا القسم بنوعيه يعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس .

القسم السابع : الحواشى فقط ، والمعتبر فيهم الإرث بعد كونه ذا رحم محرم، وتمامه فى رسالته فى النفقات .

وَلا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ ، وَلَا تَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ
وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ عَلَيْهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ ، وَإِنْ بَاعَ أَبُوهُ
مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ بَاعَ الْعَقَارَ لَمْ يَجُزْ
وَإِنْ كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيْهِ فَأَنْفَقَا مِنْهُ لَمْ يَضْمَنَا

(ولاتجب نفقتهم) أى ذوى الأرحام (مع اختلاف الدين) ؛ لبطلان أهلية الإرث (ولا تجب) النفقة (على الفقير) ، لأنها تجب صلة ، وهو يستحقها على غيره ، فكيف تستحق عليه ؟ بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير ، لأنه التزمها بالإقدام على العقد إذ المقاصد لاتنتظم دونها ، ولايعمل فى مثلها الإعسار، هداية. قال فى مختارات النوازل : إن حد اليسار هنا مقدر بالنصاب الذى تجب به صدقة الفطر ، وعن محمد ما يفضل عن نفسه ونفقة عياله شهراً ، والفتوى على الأول ، وهكذا فى الهداية ، وفى الصغرى : أنه الصحيح ، و به يفتى ، وعليه مشى المحبوبى . اهـ تصحيح .

(و إذا كان للابن الغائب مال) عند مودَع أومضارب أو مديون كما مر (قضى عليه) بالبناء المجهول (بنفقة أبو يه) وولده الصغير وزوجته كامر قريبا، و بيناوجهه (و إن باع أبوه متاعه فى نفقته جاز عند أبى حنيفة) استحسانا (وإن باع العقارلم يجز) والقياس أن لايجوزله بيع شىء،وهوقولهما ، لأنه لاولاية له،لانقطاعها بالبلوغ، ولهذا لايملك حال حضرته ، ولايملك البيع فى دين له سوى النفقة،ولأبى حنيفةأن للأب ولاية الحفظ فى مال الغائب، و بيع المنقول من باب الحفظ ، ولا كذلك العقار ، لأنها محصنة بنفسها، قيد بالأب لأن الأم وسائر الأقارب ليس لهم بيع شىء اتفاقا، لأنهم لا ولاية لهم أصلافى التصرف حالة الصغر، ولافى الحفظ بعد الكبر كافى الهداية .

(وإن كان للابن الغائب مال فى يد أبو يه فأنفقا منه) على أنفسهما (لم يضمنا) ما أنفقاه ، لأنهما استوفيا حقهما ، لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر ، وقد أخذا جنس الحق . هداية .

وإنْ كانَ لَهُ مالٌ فِي يَدِ أَجْنَبِيّ فأَنفقَ عَلَيْهِما بِغَيْرِ إِذْنِ القاضِي ضَمِنَ .
وَإِذا قَضَى القاضِي لِلْوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وذَوِي الأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ ، إلاّ أَنْ يَأْذَنَ القاضِي فِي الاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ
وَعَلَى المَوْلَى أَنْ يُنفِقَ عَلَى عَبْدِهِ وأَمَتِهِ ، فإنِ امْتَنَعَ وكانَ لَهُما كَسْبٌ اكْتَسَبَا وأَنفَقا عَلَى أَنفُسِهِما

(وإن كان له) : أى للابن (مال فى يد أجنبى فأنفق) الأجنبى (عليهما): أى الأبوين (بغير إذن القاضى ضمن) ،لأنه تصرف فى مال الغير بغير ولاية ،لأنه نائب فى الحفظ لاغير ، بخلاف ما إذا أمره القاضى ،لأن أمره ملزم لعموم ولايته، وإذا ضمن لا يرجع على القابض ، لأنه ملكه بالضمان ، فظهر أنه كان متبرعا فيه . هداية.

(وإذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة فمضت مدة) وطالت شهراً فأكثر (سقطت) نفقة تلك المدة ،لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة ، حتى لا تجب مع اليسار ، وقد حصلت الكفاية بمضى المدة ، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى ،لأنها تجب مع يسارها ، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى . هداية . قيدنا المدة بشهر فأكثر لما فى الفتح : هذا حيث طالت المدة ، فأما إذا قصرت فلا تسقط ، وما دون الشهر قصيرة ، فلا تسقط ، قيل : وكيف لا تصير القصيرة ديناً والقاضى مأمور بالقضاء ، ولو لم تصر دينا لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة ؟ لأن كل ما مضى يسقط ، فلا يمكن استيفاء شىء ، اهـ (إلا أن يأذن القاضى) بعد فرض النفقة (فى الاستدانة عليه) أى : على المفروض عليه ؛ لأن القاضى له ولاية عامة ، فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا فى ذمته ، فلا يسقط بمضى المدة . هداية .

(و)يجب (على المولى أن ينفق على عبده وأمته) سواء فى ذلك القن والمدبر وأم الولد والصغير والكبير (فإن امتنع)المولى من الإنفاق (وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا على أنفسهما) لأن فيه نظر للجانبين : ببقاء حياة المملوك ،وبقاء ملك المالك ،

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى بَيْعِهِمَا

(وإن لم يكن لهما كسب) بأن كانا عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) إن كانا محلا للبيع ، لأنهما من أهل الاستحقاق ، وفى البيع إيفاء حقهما و إيفاء حق المولى بالخلف ، بخلاف نفقة الزوجه، لأنها تصير ديناً ، فكان تأخيراً على ما ذكرناه ، ونفقة المملوك لا تصير دينا ، فيكون إبطالا ، و بخلاف سائر الحيوانات ، لأنها ليست من أهل الاستحقاق ، فلا يجبر على نفقتها ، إلا أنه يؤمر فيما بينه و بين الله تعالى ، هداية . قيدنا بكونهما محلا للبيع ، لأنه إذا لم يكونا محلا له كمدبر وأم ولد ألزم بالإنفاق لا غير ، كما فى الدر .

كتاب العتق

الْعِتْقُ يَقَعُ مِنَ الْحُرِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ فِي مِلْكِهِ ، فإذا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ «أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُعْتَقٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ قَدْ حَرَّرْتُكَ ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ» فَقَدْ عَتَقَ ، نَوَى الْمَوْلَى الْعِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ ،

كتاب العتق

ذكره عقب الطلاق لأن كلا منهما إسقاط الحق ولا يقبل الفسخ . وقدم الطلاق لمناسبته النكاح مع أن الإعتاق أقل وقوعاً .

(العتق) لغة : القوة مطلقاً ، يقال: عَتَقَ الفرخُ ، إذا قوى وطار . وشرعاً : عبارة عن إسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه يصير المملوك به من الأحرار .

و (يقع) العتق (من الحر) ؛ لأن العتق لا يصلح إلا في الملك ، ولا ملك للمملوك (البالغ) ، لأن الصبي ليس من أهله ، لكونه ضرراً ظاهرا ، ولهذا لا يملكه الوليُّ عليه .

(العاقل) لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ، ويشترط أن يكون المملوك (في ملكه) أو يضيفه إليه ، كإن ملكتك فأنت حر ، فلو أعتق عبد غيره لا ينفذ ، وإن ملكه بعده ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » .

(فإذا قال) المولى (لعبده أو أمته : أنت حر ، أو) عتق ، أو (معتق أو عتيق ، أومحرر ، أو قد حررتك ، أو أعتقتك ، فقد عَتَقَ) العبد ، سواء (نوى المولى أو لم ينو) ، لأن هذه الألفاظ صريح فيه ، لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا ، فأغنى ذلك عن النية ، لأنها إنما تشترط إذا اشتبه مراد المتكلم ، وهذا لا اشتباه فيه ، فلا تشترط فيه

وَكَذٰلِكَ إِذَا قَالَ «رأْسُكَ حُرٌّ ، أَوْ وَجْهُكَ ، أَوْ رَقَبَتُكَ ، أَوْ بَدَنُكَ » أَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ « فَرْجُكِ حُرٌّ » وَلَوْ قَالَ « لا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ » وَنَوَى بِهِ الْحُرِّيَّةَ عَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يَعْتِقْ ، وَكَذٰلِكَ كِنَايَاتُ الْعِتْقِ ، وَإِنْ قَالَ « لَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ » وَنَوَى بِهِ الْعِتْقَ لَمْ يَعْتِقْ ، وَإِنْ قَالَ : « هٰذَا ابْنِي » وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ .

النية (وكذلك) الحكم (إذا قال : رأسك حر ، أو وجهك ، أو رقبتك ، أو بدنك) حر (أو قال لأمته : فرجك حر) ، لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن، وقد مر فى الطلاق ، وإن أضافه إلى جزء معين لايعبر به عن الجملة كاليد والرجل لايقع عندنا ، والكلام فيه كالكلام فى الطلاق ، وقد بيناه ، هداية .

(ولو قال لا ملك لى عليك ونوى به الحرية عتق ، وإن لم ينو لم يعتق) لأنه كناية ؛ لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لى عليك لأنى بعتك ، ويحتمل لأنى أعتقتك ؛ فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية (وكذلك كنايات العتق) وهى : ما احتمله وغيره كقوله : خرجت من ملكى ، ولا سبيل لى عليك ، ولا رقّ لى عليك ، و قدخليت سبيلك ، لاحتمال نفى هذه الأشياء بالبيع أو الكتابة ، كاحتماله بالعتق ، فلا يتعين إلا بالنية .

(وإن قال لا سلطان لى عليك و نوى به العتق لم يعتق) ، لأن السلطان عبارة عن اليد ، وسمى به السلطان لقيام يده ، وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب ، بخلاف قوله « لا سبيل لى عليك » لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك ، لأن للمولى على المكاتب سبيلا ، فلهذا يحتمل العتق ، هداية .

(وإن قال) لعبده : (هذا ابنى) أو لأمته : هذه بنتى ، وكان بحيث يولد مثله لمثله ، بدليل مابعده (وثبت على ذلك) قال فى الفتح : قيل : هذا قيد اتفاقى

أَوْ قَالَ « هَذا مَوْلَاى » ، أَوْ « يَا مَوْلَاىَ » عَتَقَ ، وَإِنْ قَالَ « يَا ابْنِي » أَو « يَا أَخِى » لَمْ يَعْتِقْ ، وَإِنْ قَالَ لِغُلَامٍ لا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ « هَذَا ابْنِي » عَتَقَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَإِذا قَالَ لأَمَتِهِ « أَنْتِ طَالِقٌ » يَنْوِى بِهِ الْحُرِّيَّةَ لَمْ تَعْتِقْ ،

لا معتبر به ، ولذا لم يذكره فى المبسوط ، وفى أصول فخر الإسلام : الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب ، لا العتق ، ويوافقه مافى المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى : هذا ليس بقيد ؛ حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ، اه (أو قال هذا مولاى أو) ناداه (يامولاى عتق) ، لأن لفظ «المولى» مشترك أحد معانيه للمعتَق ، وفى العبد لايليق إلاهذا المعنى ، فيعتق بلانية ، لأنه التحق بالصريح كقوله « ياحر » و « ياعتيق » كما فى الدر ، ثم فى دعوى البنوة إذا لم يكن للعبد نسب معروف يثبت منه ، وإذا ثبت النسب عتق ، لأنه يستند إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر الحقيقة .

(وإن قال يا ابنى ، أو يا أخى ، لم يعتق) ، لأن هذا اللفظ فى العادة يستعمل للإكرام والشفقة ، ولا يراد به التحقيق ، قال فى التصحيح : وهذا ظاهر الرواية ، وفى رواية شاذة عن الإمام أنه يعتق ، والاعتماد على ظاهر الرواية ، قاله فى شرح نجم الأئمة ، ومثله فى الهداية ، اه (وإن قال لغلام له) كبير بحيث (لايولد مثله) أى الغلام (لمثله) أى المولى : (هذا ابنى ، عتق عليه عندأبى حنيفة)حملا بالمجاز عند تعذر الحقيقة كمامر، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق ، لأنه كلام محال فيلغو ويرد، قال الإسبيجابى فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة، واختاره المحبوبى وغيره . تصحيح (وإذا قال المولى لأمته : أنت طالق) أو بائن (ينوى) بذلك (الحرية لم تعتق) وكذا سائر ألفاظ صريح الطلاق وكناياته، وذلك لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح،

وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ « أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ » لَمْ يَعْتِقْ ، وَإِنْ قَالَ « مَا أَنْتَ إِلاَّ حُرٌّ » عَتَقَ .

وَإِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ .

وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ ذَلِكَ الْبَعْضُ ، وَسَعَى فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلاَهُ ،

ومايكون مزيلا للأضعف لايلزم أن يكون مزيلا للأقوى، بخلاف العكس، كما سبق فى كنايات الطلاق ، ولأن صريح الطلاق وكناياته مستعملة لحرمة الوطء ، وحرمة الوطء لاتنافى المملوكية ، فلا يقع كناية عنه ، كما فى الاختيار (وإن قال لعبده : أنت مثل الحر لم يعتق) ، لأن « مثل » تستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا ، فوقع الشك فى الحرية ، فلم تثبت (وإن قال له ما أنت إلا حر عتق) ، لأن الاستثناء من النفى إثبات على وجه التأكيد ، كما فى كلمة التوحيد .

* * *

(وإذا ملك الرجل ذا رحم) ولاداً أو غيره (محرم منه) أى الرحم كما مر (عتق عليه) قال فى الهداية : وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا أو غيره ، اه. ثم لافرق بين كون الملك بشراء أو إرث أو غيرهما ، ولا بين كون المالك صغيراً أو كبيراً ، مجنوناً أو عاقلا ، ذمّيًّا أو مسلماً ؛ لأنه عتق بسبب الملك، وملكهم صحيح كما فى الجوهرة.

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض) الذى نص عليه فقط (وسعى فى بقية قيمته لمولاه) لاحتباس مالية البعض الباقى عند العبد ، فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح فى ثوب إنسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به ؛ فعلى صاحب

عِنْدَ أَبِى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَعْتِقُ كُلُّهُ .

وَ إِذا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ ، فإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ موسِراً فَشَرِيكُه بِالخِيارِ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ ، وَ إِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ،

الثوب قيمة صبغ الآخر ، موسرا كان أو معسراً ، لما قلنا ، فكذا هنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه و يصير بمنزلة المكاتب ، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق ، لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة المقصودة ؛ لأنها عقد يقال و يفسخ كما فى الهداية . وهذا (عند أبى حنيفة) لتجزىء الإعتاق عنده ، فيقتصر على ما أعتق (وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق كله) لعدم تجزيه عندهما ، فإضافة العتق إلى البعض كإضافته إلى الكل ؛ فيعتق كله ، قال فى زاد الفقهاء : الصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح (وإن كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه) منه (عتق) عليه نصيبه ، ثم لا يخلو المعتِقُ من أن يكون موسراً أو معسراً (فإن كان المعتِقُ موسراً) وهو: أن يكون مالكاً يوم الإعتاق قدر قيمة نصيب الآخر سوى ملبوسه وقوت يومه فى الأصح كما فى الدر عن المجتبى ، وفى التصحيح: وعليه عامة المشايخ ، وهو ظاهر الرواية ، اه (فشريكه بالخيار) بين ثلاثة أشياء ، وهى أنه (إن شاء أعتق) كما أعتق شريكه ، لقيام ملكه فى الباقى ، ويكون الولاء لهما ، لصدور العتق منهما (وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه) ، لأنه جانٍ عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه والاستسعاء ، و يرجع المعتق بما ضمن على العبد ، والولاء للمعتق فى هذا الوجه ، لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان (و إن شاء استسعى العبد) لما بينا ، و يكون الولاء بينهما ، لصدور العتق منهما .

وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فالشَّرِيكُ بِالْخِيارِ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ، وَقالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لَيْسَ لَهُ إِلاَّ الضَّمَانُ مَعَ الْيَسَارِ ، وَالسِّعَايَةُ مَعَ الْإِعْسَارِ ، وَإِذا اشْتَرَى رَجُلَانِ ابْنَ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الْأَبِ ، وَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ إِذا وَرِثَاهُ فَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى ، وَإِذا شَهِدَ

(وإن كان) المعتق (معسراً فالشريك بالخيار) بين شيئين : (إن شاء أعتق) لبقاء ملكه (وإن شاء استسعى العبد) لما بينا ، والولاء بينهما فى الوجهين ، وليس له تضمين المعتق لأنه صفر اليدين ، وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد : ليس له إلا الضمان) للمعتِق (مع اليسار والسعاية) للعبد (مع الإعسار) قال فى الهداية : وهذه المسألة تبتنى على حرفين : أحدهما تجزؤ الإعتاق وعدمه ، على مابيناه ، والثانى فى أن يسار المعتِق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع، اهـ . قال جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة ، ومشى عليه البرهانى والنسفى وغيرهما . تصحيح (وإذا اشترى رجلان ابن أحدهما عتق) من الابن (نصيب الأب) لأنه ملك شِقْصَ قريبه (ولا ضمان عليه) : أى الأب؛ لأن الشراء حصل بقولهما جميعاً ، فصار الشريك راضيا بالعتق ؛ لأن شراء القريب إعتاق ، فصار كما لو أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً حيث شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء ، ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ، وهو ظاهر الرواية عنه ؛ لأن الحكم يدار على السبب كما فى الهداية (وكذلك) الحكم (إذا ورثاه) لأنه لم يوجد منه فعل أصلا (فالشريك بالخيار) بين شيئين : (إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء استسعى) العبد ، والولاء بينهما فى الوجهين كما مر ، وهذا عند أبى حنيفة أيضاً ، وقالا فى الشراء : يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً ، وإن كان معسراً سعى الابن فى نصف قيمته لشريك الأب ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية ، وقد علمت أن الصحيح قول الإمام (وإذا شهد) :

كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الآخَرِ بِالْحُرِّيَّةِ عَتَقَ كُلُّهُ ، وَسَعَى الْعَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ ، مُوسِرَيْنِ كَانَا أَوْ مُعْسِرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ فَلَا سِعَايَةَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ سَعَى لَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِراً وَالآخَرُ مُعْسِراً سَعَى لِلْمُوسِرِ وَلَمْ يَسْعَ لِلْمُعْسِرِ ، وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِوَجْهِ اللهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ أَوْ لِلصَّنَمِ عَتَقَ .

أى أخبر ، لعدم قبولها وإن تعددوا لجرهم مغنماً ، در عن البدائع (كل واحد من الشريكين على شريكه (الآخر بالحرية) فى نصيبه وأنكر الآخر (سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه ، موسرين كانا أو معسرين) أو مختلفين (عند أبى حنيفة) ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه ، وأن له التضمين أو السعاية ، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك ، فتعين الاستسعاء، والولاء لهما ؛ لأن كلا منهما يقول : عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لى (وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) ، لأن من أصلهما أن السعاية لا تثبت مع اليسار ، فوجود اليسار من كل منهما إبراء للعبد من السعاية (وإن كانا معسرين سعى لهما) ،لأن فى زعمهما أن الواجب هو السعاية دون الضمان للعسرة ، فلم يكن إبراء للعبد من السعاية ، فيسعى لهما (وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر ولم يسع للمعسر) ، لما علمت . قال الإمام أبو المعالى فى شرحه : الصحيح قول الإمام ، واختاره المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة . تصحيح .

(ومن أعتق عبده لوجه الله أو للشيطان أو للصنم عتق) عليه ، لصدور الإعتاق من أهله مضافا إلى محله فيقع ويلغو قوله بعده « للصنم » أو «للشيطان»، ويكون آثما به ، بل إن قصد التعظيم كفر .

وَعِتْقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرانِ وَاقِعٌ ، وَإِذا أَضَافَ الْعِتْقَ إِلى مِلْكٍ أَوْ شَرْطٍ صَحَّ كَمَا يَصِحُّ فِي الطَّلاَقِ ، وَإِذا خَرَجَ عَبْدٌ مِنْ دَارِ الحَرْبِ إِلَيْنَا مُسْلِماً عَتَقَ ، وَإِذا أَعْتَقَ جَارِيَةً حَامِلاً عَتَقَ حَمْلُها ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ خَاصَّةً عَتَقَ وَلَمْ تَعْتِقِ الأُمُّ .

(وعتق المكره والسكران) بسبب محظور (واقع) لصدوره من أهله فى محله كما مر فى الطلاق ، قيدنا السكر بسبب محظور ، لأن غير المحظور كسكر المضطر بمنزلة الإغماء لا يصح معه التصرف ، سواء كان طلاقا أو عتاقا أو غيرهما كما فى البحر عن التحرير .

(وإذا أضاف العتق إلى ملك) كإن ملكتك فأنت حر (أو) إلى وجود (شرط) كإن دخلت الدار فأنت حر (صح) لأنه إسقاط ؛ فيجرى فيه التعليق (كما يصح) ذلك (فى الطلاق) وقد سبق بيانه .

(وإذا خرج عبد من دار الحرب إلينا مسلماً عتق) ، لأنه لما دخل دار الإسلام ظهرت يده وهو مسلم فلا يسترق .

(وإذا أعتق) المولى (جارية حاملا عتق حملها) معها ، لأنه بمنزلة عضو من أعضائها ، ولو استثناهُ لا يصح كاستثناء جزء منها ، كما فى البحر . أطلق فى عتق الحمل فشمل ما إذا ولدته بعد عتقها لستة أشهر أو أقل ، لكن إن ولدته لأقل فإنه يعتق مقصوداً ، لا بطريق التبعية ، فحينئذ لا ينجر ولاؤه إلى موالى الأب كما فى البحر (وإن أعتق الحمل خاصة عتق ولم تعتق الأم) معه ، لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة ولا تبعاً لما فيه من قلب الموضوع ، هداية . وهذا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لتحقق وجوده ؛ وإلا لم يعتق ، لجواز أن تكون حملت به بعد القول فلا يعتق بالشك ، إلا أن تكون معتدة من الزوج وجاءت به لدون سنتين ، وإن جاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر عتقا جميعاً لأنهما حمل واحد كما فى الجوهرة .

وَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ الْعَبْدُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْمَالُ ، وَلَوْ قَالَ « إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ » صَحَّ وَصَارَ مَأْذُونًا ، فَإِنْ أَحْضَرَ الْمَالَ أَجْبَرَ الْحَاكِمُ الْمَوْلَى عَلَى قَبْضِهِ وَعَتَقَ الْعَبْدُ .

وَوَلَدُ الْأَمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ ، وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا . وَوَلَدُ الْحُرَّةِ مِنَ الْعَبْدِ حُرٌّ .

(و إذا أعتق عبده على مال) كأنت حر على ألف درهم ، أو بألف درهم ، (فقبل العبد) فى المجلس صح و (عتق) العبد فى الحال (ولزمه المال) المشروط فيصير دينا فى ذمته . و إطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان و إن كان بغير عينه ، لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح ، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ، ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة ، وأما إذا كثرت الجهالة بأن قال «أنت حر على ثوب» فقبل عتق وعليه قيمة نفسه ، جوهرة (ولو) علق عتقه بأداء المال بأن (قال: إن أديت إلىَّ ألفاً فأنت حر ـ صح) التعليق (وصار) العبد (مأذوناً) ، لأن الأداء لا يحصل إلا بالكسب والكسب بالتجارة فكان إذناً له دلالة (فإن أحضر) العبد (المال) المشروط عليه (أجبر الحاكم المولى على قبضه وعتق العبد) قال فى الهداية : ومعنى الإجبار فيه وفى سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية . اهـ .

(وولد الأمة من مولاها حر) ، لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه ، وهذا إذا ادعاه المولى (وولدها من زوجها) سواء كان حراً أو مملوكا (مملوك لسيدها) لأن الولد تابع للأم فى الملك والرق ، إلا ولد المغرور (وولد الحرة من العبد حر) تبعاً لأمه كما تبعها فى الملك والرق وأمية الولد والكتابة ، كما فى الهداية .

باب التدبير

إذا قَالَ الْمَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ « إذا مُتُّ فأنْتَ حُرٌّ ، أو أنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّى ، أوْ أنتَ مُدَبَّرٌ ، أوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ » فَقَدْ صَارَ مُدَبَّراً : لايَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلاَ هِبَتُهُ ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطِئَهَا ، وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا ، فإذا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ المدبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ إنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ سَعَى

باب التدبير

هو لغة : النظر إلى عاقبة الأمر ؛ وشرعا : تعليق العتق بموته ؛ كما أشار إلى ذلك بقوله : (إذا قال المولى لمملوكه : إذا مت فأنت حر ، أو أنت حر عن دبر منى ، أو أنت مدبر ، أو قد دبرتك) أو أنت حر بعد موتى ؛ أو أعتقتك بعد موتى ، أو مع موتى ، أو عند موتى ، أو فى موتى (فقد صار) العبد(مدبرا)لأن هذه الألفاظ صريحة فى التدبير .

و إذا صار مدبرا (فلا يجوز) لمولاه (بيعه ، ولا هبته)ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية ، كما فى الكتابة ، هداية (و) يجوز (للمولى أن يستخدمه و يؤاجره ، و إن كانت) المدبرة (أمة وطئها وله أن يزوجها) جبرا ؛ لأن الملك ثابت له ، و به يستفاد ولاية هذه التصرفات .

(فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله إن خرج من الثلث) و إلا فبحسابه لأن التدبير وصية ، لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت ، والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث ، هداية (و إن لم يكن له مال غيره سعى) المدبر للورثة

فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ سَعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ لِغُرَمَائِهِ ، وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ ، فَإِنْ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ — مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هٰذَا، أَوْ سَفَرِي هٰذَا ، أَوْ مِنْ مَرَضِ كَذَا — فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يَعْتِقُ الْمُدَبَّرُ .

(فى ثلثى قيمته) لأن عتقه من الثلث ، فيعتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه (فإن كان على المولى دين) يستغرق رقبة المدبر (سعى فى جميع قيمته للغرماء) ، لتقدم الدَّيْنِ على الوصية،ولا يمكن نقضُ العتق ،فيجب رد قيمته، وهو حينئذ كمكاتب عند الإمام ، وقالا: حر مديون (وولد) الأمة (المدبرة مدبر) تبعاً لأمه .

(فإن علق التدبير بموته على صفة) وذلك (مثل أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو سفرى) هذا (أو من مرض كذا) أو مات فلان (فأنت مدبر فليس بمدبر)حالا ،لأن الموت على تلك الحالة ليس كائنا لامحالة ، فلم ينعقد سبباً فى الحال ، و إذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقى تعليقاً كسائر التعليقات لا يمنع التصرف فيه ، (و) لذا (يجوز بيعه) ورهنه وهبته (فإن مات المولى على الصفة التى ذكرها) وعلق تدبيره على وجودها ـ بأن مات من سفره أو مرضه ـ (عتق كما يعتق المدبر) المطلق ، لأن الصفة لما صارت معينة فى آخر جزء من أجزاء الحياة أخذ حكم المدبر المطلق لوجود الإضافة إلى الموت وزوال التردد ، درر .

باب الاستيلاد

إذا وَلَدَتِ الْأَمَةُ مِنْ مَوْلاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، لا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَلاَ تَمْلِيكُهَا ، وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا ، وَلاَ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلاَّ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ الْمَوْلَى ، فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ ، وإِنْ نَفَاهُ انْتَفَى بِقَوْلِهِ ، وإِنْ زَوَّجَهَا

باب الاستيلاد

هو لغةً : طلب الولد ، وشرعا : طلب المولى الولد من أمةٍ بالوطء . درر .

(إذا ولدت الأمة) ولو مدبرة (من مولاها فقد صارت أم ولد له) وحكمها حكم المدبرة : (لا يجوز بيعها ، ولا تمليكها) ولا رهنها (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) جبراً ، لأن الملك فيها قائم كما في المدبر (ولا يثبت نسب ولدها) من مولاها (إلا أن يعترف به المولى) ، لأن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد ، فلا بد من الدعوى ، بخلاف العقد ، لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوى ، كما في الهداية (فإنْ جاءت بعد ذلك) : أى بعد اعترافه بولدها الأول (بولد) آخر (يثبت نسبه منه بغير إقرار) ، لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصوداً منها، فصارت فراشه كالمعقودة(و) لكنه (إن نفاه انتفى ب) مجرد (قوله) : أى من غير لعان ، لأن فراشها ضعيف، حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حتى لا ينتفى الولد بنفيه إلا باللعان لتأكيد الفراش، حتى لا يملك إبطاله بالتزويج، هداية. وفيها : وهذا الذى ذكرناه حكم ، وأما الديانة فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها فيلزمه أن يعترف به ويدعى، لأن الظاهر أن الولد منه، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه ، لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر ، كذا روى عن أبى حنيفة ، وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف ومحمد ذكرناهما فى كفاية المنتهى ، اهـ (وإن زوجها) :

فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ ، وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَي عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلا تَلْزَمُهَا السِّعَايَةُ لِلْغُرَمَاءِ إِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ ، وَإِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِذَا وَطِئَ الْأَبُ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ .

أى زوَّج المولى أمَّ ولده (فجاءت بولد) من زوجها (فهو فى حكم أمه) لأن حق الحرية يسرى إلى الولد .

(وإذا مات المولى عتقت) أم ولده (من جميع المال) لأن الحاجة إلى الولد أصلية ،فيقدم على حق الورثة والدَّين كالتكفين ، بخلاف التدبير ، لأنه وصيَّة بما هو من زوائد الحوائج (ولا تلزمها) أى أم الولد (السعاية للغرماء إن كان على المولى دين) لما قلنا ، ولأنها ليست بمال متقوم . حتى لا يضمن بالغصب عند أبى حنيفة ، فلايتعلق بها حق الغرماء .

(وإذا وطئ الرجل أمة غيره بنكاح فولدت منه ثم) بعد ذلك(ملكها) بوجه من وجوه الملك (صارت أم ولد له) ، لأن السبب هو الجزئية ، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل منهما كملا ، وقد ثبت النسب ، فتثبت الجزئية بهذه الواسطة ، وقد كان المانع حين الولادة ملك الغير ، وقد زال . قيد بالنكاح لأنه لو كان الوطء بالزنا لا تصير أم ولد له ، لأنه لا نسبة لولد الزنا من الزانى ، وإنما يعتق عليه إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة ، وتمامه فى البحر .

(وإذا وطئ الأب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) الأب (ثبت نسبه منه ، وصارت أم ولد له) سواء صدقه الابن أو كذبه ، ادعى الأب شبهة أو لم يدع لأن للأب أن يتملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء للأكل والشرب ،فله أن يتملك جاريته

وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَلاَ قِيمَةُ وَلَدِهَا ، وَإِنْ وَطِىءَ أَبُ الْأَبِ مَعَ بَقَاءِ الْأَبِ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ ، فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَيِّتاً يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ الْجَدِّ كَمَا يَثْبُتُ مِنَ الْأَبِ ، وَإِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ عُقْرِهَا

للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله، لأن كفاية الأب على ابنه كما مر ، إلا أن الحاجة إلى صيانة مائه دون حاجته إلى بقاء نفسه ، ولذا قالوا « يتملك الطعام بلاقيمة والجارية بقيمتها» كما صرح به بقوله (وعليه قيمتها) :أى الجارية يوم العلوق ؛لأنها انتقلت إليه حينئذ ، ويستوى فيه الموسر والمعسر ؛ لأنه ضمان تملك (وليس عليه عقرها) لثبوت الملك مستنداً لماقبل العلوق ضرورة صحة الاستيلاد، وإذا صح الاستيلاد فى ملكه لا يلزمه عقرها (ولا قيمة ولدها) لعلوقه حرَّ الأصل ، عبر بالجارية ليفيد أنها محل التملك ، حتى لو كانت أم ولد الابن أو مدبرته لاتصح دعوى الأب ولا يثبت النسب ، ويلزم الأب العقر كما فى الجوهرة (وإن وطىء) الجد (أب الأب جارية ابن ابنه (مع بقاء) ابنه (الأب لم يثبت النسب) ، لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب (وإن كان الأب ميتا يثبت النسب من الجد) وصات أم ولد له (كما يثبت من الأب) لظهور ولايته عند فقد الأب ، وكُفْرُ الأب ورقه بمنزلة موته ، لأنه قاطع للولاية ، هداية .

(وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) ، لأنه لما ثبت فى نصيبه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ضرورة أنه لا يتجزأ، لما أن سببه ــ وهو العلوق ــ لا يتجزأ، لأن الولد الواحد لا ينعلق من ماءين (وصارت أم ولد له) اتفاقاً : أما عندهما فظاهر ،لأن الاستيلاد لا يتجزأ ؛ وأما عنده فيصير نصيبه أم ولد ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك فتكمل له(و) وجب (عليه) لشريكه (نصف عقرها) ،لأنه وطىء جارية مشتركة، إذ الملك يثبت حكما للاستيلاد

وَنِصْفُ قِيمَتِهَا ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا ، وَ إِذَا ادَّعَيَاهُ مَعاً ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَكَانَتِ الأُمُّ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْعُقْرِ قِصَاصاً بِمَالَهُ عَلَى الآخَرِ ، وَيَرِثُ الابْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ كَامِلٍ ، وهُمَا يَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ ،

فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه ، بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه ؛ لأن الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه ، فيصير واطئاً ملك نفسه (و) كذا (نصف قيمتها)لأنه تملك نصيب صاحبه حين استكمال الاستيلاد ؛ وتعتبر قيمتها يوم العلوق لأن أمومية الولد تثبت من ذلك الوقت ، و يستوى فيه المعسر والموسر لأنه ضمان تمليك كما مر (وليس عليه شيء من قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك، هداية (فإن ادعياه) :أى الشريكان (معاً) وكان الحبل فى ملكهما (ثبت نسبه منهما)لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه ، والنسب و إن كان لايتجزأ، ولكن يتعلق به أحكام متجزئة: فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما على التجزئة ، ومالا يقبلها يثبت فى حق كل كملا كأنه ليس معه غيره ، إلا إذا كان أحد الشريكين أب الآخر ، أو كان مسلماً والآخر ذمياً، لوجود المرجح فى حق المسلم وهو الإسلام وفى حق الأب وهو ماله عليه من الحق، هداية. (وكانت الأم أم ولد لهما) ، لثبوت نسب ولدها منهما (و) وجب (على كل واحد منهما نصف العقر) لصاحبه ، لأن كل واحد منهما واطىء لنصيب شريكه فإذا سقط الحد لزمه العقر ، و يكون ذلك (قصاصاً بما) وجب (له على الآخر) ؛ لأن كل واحد منهما وجب له على صاحبه مثل ما وجب عليه ، فلا فائدة فى قبضه ورده (ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل)لأنه أقر له بميراثه كله وهو حجة فى حقه(وهما): أى المدعيان بنوّته (يرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما فى السبب

وَإِذَا وَطِىءَ الْمَوْلَى جَارِيَةَ مُكَاتَبِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ : فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ ، وَكَانَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا، وَلا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وإِنْ كَذَّبَهُ فِي النَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ .

أو اشتر ياها بعد الولادة فادعياه لاتكون أم ولد لهما ، لأن هذه دعوى عتق ، لادعوى استيلاد ، فإن شرطها كون العلوق فى الملك ، فيعتق الولد مقتصراً على وقت الدعوى كما فى الفتح . وفى الجوهرة : ولو اشتر ياها وهى حامل فولدت فادعياه فهو ابنهما ولا عقر لأحد منهما على صاحبه ، لأن وطء كل منهما فى غير ملك الآخر ، اه

(وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه) المولى (فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) ، لوجود سبب الملك ـ وهو رق المكاتب ـ وهذا كاف فى ثبوت النسب ، لأنه يحتاط فى إثباته (وكان عليه)المكاتبه(عقرها) لأنه لايتقدمه الملك،لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد(و) كذا(قيمةولدها) لأنه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا، وهوأنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه، هداية (و) لكن (لاتصير) الجارية (أم ولد له) لأنه لاملك له فيها حقيقة كما فى ولد المغرور ، هداية (وإن كذبه) المكاتب (فى) دعوى (النسب لم يثبت) ، لأن فيه إبطال ملك المكاتب ، فلا يثبت إلا بتصديقه ، وهذا ظاهر الرواية،وعن أبى يوسف :لايعتبر تصديقه ، اعتباراً بالأب يدعى جارية ابنه،ووجه ظاهر الرواية — وهوالفرق — أن المولى لايملك التصرف فى أكساب مكاتبه حتى لايتملكه ، والأب يملك تملكه ، فلا معتبر بتصديق الابن ، هداية .

كتاب المكاتب

وَإِذا كَاتَبَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ أو أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ وقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ صَارَ مُكَاتباً، وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالَ حَالاً ومُؤَجَّلاً وَمُنَجَّماً وتَجُوزُ كِتَابَةُ العَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ والشِّرَاء .

وَإِذَا صَحَّتِ الكِتَابَةُ خَرَجَ المُكَاتَبُ مِنْ يَدِ المَوْلى .

كتاب المكاتب

أورده هنا لأن الكتابة من توابع العتق كالتدبير والاستيلاد .

وهى لغة : الضم والجمع، ومنه الكتيبة للجيش العظيم، و الكتب لجمع الحروف فى الخط . وشرعاً: تحرير المملوك يدأ حالا ورقبة مآلا ، أى: عند أداء البدل . وركنها : الإيجاب والقبول، وشرطها : كون البدل معلوماً، كما أشار إلى ذلك بقوله: (إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال) معلوم (شَرَطه عليه ، وقبل العبد ذلك ؛ صار) العبد (مكاتباً) لوجود الركن والشرط ، والأمرُ فى قوله تعالى: « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » للندب على الصحيح ، والمراد بالخير أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فلو يضر بهم فالأفضل تركه ، وإن كان يصح لو فعله ، كما فى الهداية .

(ويجوز أن يشترط)المولى (المال) كله (حالا ، و) يجوز أن يشترطه كله (مؤجلا) إلى أجل معلوم (و) يجوز (منجماً) أى مقسطاً على أزمنة معينة ،لأنه عقد معاوضة ؛ فأشبه الثمن فى البيع (ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء) إذ العاقل من أهل القبول ، والتصرف نافع فى حقه ، فيجوز .

(وإذا صحت الكتابة) بوجود ركنها وشرطها (خرج المكاتب من يد المولى)

وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ ، فَيَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ ، وَلا يَجُوزُ لَهُ التَّزَوُّجُ إِلا بِإِذْنِ الْمَوْلَى ، ولا يَهَبُ وَلا يَتَصَدَّقُ إِلا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، وَلا يَتَكَفَّلُ ، فَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ ، وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ ، وَكَسْبُهُ لَهُ ، وَإِنْ زَوَّجَ الْمَولى عَبْدَهُ مِنْ أَمَتِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ

لتحقيق مقصود الكتابة ، وهو أداء البدل (ولم يخرج من ملكه) : أى المولى؛ لأنه عقد معاوضة فيقتضى المساواة بين المتعاقدين ؛ و ينعدم ذلك بتنجيز العتق ، و يتحقق بتأخره ،فيثبت للمكاتب نوع مالكية، وللمولى البدل فى زمنه،فإن أعتقه عتق بعتقه لأنه مالك لرقبته ، وسقط عنه بدل الكتابة . كما فى الهداية (فيجوز له البيع والشراء والسفر) ؛ لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى المقصود وهو نيل الحرية بأداء البدل ،والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذلك السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق فى الحضر فيحتاج إلى المسافرة ، و يملك البيع بالمحاباة ؛ لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى الأخرى ، هداية (ولا يجوز له التزوج إلا بإذن المولى) ، لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المطلوب ؛ والتزوج ليس وسيلة إليه . و يجوز بإذن المولى لأن الملك له ، هداية (ولا يهب)المكاتب (ولا يتصدق)لأنه تبرع وهو لا يملكه (إلا) أن يكون (بالشيء اليسير)، لأنه من ضرورة التجارة ، ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض ، وليس من ضروريات التجارة والاكتساب (فإن ولد له ولد من أمة له) فادعاه ثبت نسبه منه، و إن كان لا يجوز له الاستيلاد ، و (دخل) الولد (فى الكتابة)لأن المكاتب من أهل أن يكاتب و إن لم يكن من أهل الإعتاق، فيجعل مكاتبا تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان (وكان حكمه) : أى الولد (كحكمه) أى الأب (وكسبه له) ، لأن كسب الولد كسبه ، وكذا إذا ولدت المكاتبة من زوجها (وإن زوج المولى عبده من أمته ثم كاتبهما فولدت منه) :

وَلَداً دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا ، وَإِنْ وَطِيءَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ لَزِمَهُ الْعُقْرُ ، وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَتْهُ الْجِنَايَةُ ، وَإِنْ أَتْلَفَ مَالاً لَهَا غَرِمَهُ وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ ، وَإِنِ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا ، وَإِنِ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لاَ وِلاَدَ لَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ،

أى من زوجها المكاتب (ولداً دخل) الولد (فى كتابتها) : أى الأمة (وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ، ولهذا يتبعها فى الرق والحرية (وإن وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر) ؛ لأنها صارت أحق بأجزائها ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها) جناية خطأ (لزمته الجناية) لما بيناه ، قيدنا الجناية بالخطأ لأن جناية العمد تسقط للشبهة ، كما فى الجوهرة (وإن أتلف مالا لها غرمه) لأن المولى كالأجنبى فى حق أكسابها (وإذا اشترى المكاتب أباه) وإن علا (أو ابنه) وإن سفل (دخل فى كتابته) ؛ لما مر من أنه أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق ، فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا يرى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه ، كما فى الهداية (وإن اشترى أم ولده) مع ولدها منه (دخل ولدها فى الكتابة) ؛ لأنه ولده ، ولم تدخل هى (و) لكن (لم يجز له بيعها) لأنها أم ولده ، وإن لم يكن معها ولد فكذلك الجواب عندهما ، خلافاً لأبى حنيفة ، قال الإسبيجابى : الصحيح قوله ، ومشى عليه المحبوبى ، تصحيح (وإن اشترى) المكاتب (ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة) ؛ لأن المكاتب له كسب لا ملك ، والكسب يكفى للصلة فى الولاد دون غيره ، حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة قرابة الولاد دون غيرها ، لأنها على الموسر كما مر ، وقالا : يدخل ؛ اعتباراً

وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْتَضِيهِ، أَوْ مَالٌ يَقْدُمُ إِلَيْهِ، لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ، وقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ؛ وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الْأَكْسَابِ لِمَوْلَاهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ مَالٌ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ وَقُضِيَتْ كِتَابَتُهُ مِنْ أَكْسَابِهِ وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ

بقرابة الولاد، لأن وجوب الصلة ينتظمهما، ولهذا لا يفترقان فى الحرف حق الحرية قال فى التصحيح: وجعل الاسبيجابى قوله استحساناً؛ واختاره المحبوبى والنسفى وغيرهما، اه.

(وإذا عجز المكاتب عن) أداء (نجم نظر الحاكم فى حاله) بالسؤال منه، (فإن كان له دين يقتضيه، أو مال) فى يد غائب (يقدم) عليه (لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة) نظراً للجانبين. والثلاثة هى المدة التى ضربت لإبلاء العذر: كإمهال الخصم للدفع، والمديون للقضاء، فلا يزاد عليه، هداية (وإن لم يكن له وجه، وطلب المولى تعجيزه عجزه) الحاكم (وفسخ الكتابة) لتبين عجزه، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) قال جمال الإسلام فى شرحه: الصحيح قول أبى حنيفة ومحمد، واعتمده البرهانى والنسفى وغيرهما، تصحيح.

(وإذا عجز المكاتب) بالقضاء أو الرضا (عاد إلى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وكان مافى يده من الأكساب للمولى)؛ لأنه ظهر أنه كسب عبده لأنه كان موقوفاً عليه أو على مولاه، وقد زال التوقف (وإن مات المكاتب وله مال) يفى ببدله (لم تنفسخ الكتابة وقضيت كتابته من أكسابه) حالا (وحكم بعتقه فى آخر جزء

مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ ، وَ إِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَداً مَوْلُوداً فِي الْكِتَابَةِ سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ ، وَإِذَا أَدَّى حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ وَعَتَقَ الْوَلَدُ ، وَ إِنْ تَرَكَ وَلَداً مُشْتَرًى فِي الْكِتَابَةِ قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالاً ، وَ إِلا رُدِدْتَ فِي الرِّقِّ .

وَ إِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عَلَى قِيمَةِ نَفْسِهِ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ ، فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ

من أجزاء حياته) ومابقى فهو ميراث لورثته ، وتعتق أولاده تبعاً له (و إن لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً فى الكتابة سعى) الولد (فى كتابة أبيه على نجومه) المنجمة عليه (فإذا أدى) ما على أبيه (حكمنا بعتق أبيه قبل موته ، وعتق الولد) الآن ؛ لأن الولد داخل فى كتابته ، وكسبه ككسبه ، فيخلفه فى الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء (و إن ترك ولداً مشترى قيل له) أى للولد : (إما أن تؤدى الكتابة حالا ، و إلا رددت فى الرق) ؛ لأنه لم يدخل تحت العقد لعدم الإضافة إليه ، ولا يسرى إليه حكمه لانفصاله ، بخلاف المولود فى الكتابة ، لأنه متصل به وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : هو كالمولود فى الكتابة ، لأنه يكاتب تبعاً فاستويا كما فى الاختيار .

(و إذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) ، لأن الخمر والخنزير ليسا بمال فى حق المسلم فتسميتها تفسد العقد ، وكذلك القيمة ، لأنها مجهولة (فإن أدى) ما كوتب عليه ، أعنى (الخمر) أو الخنزير (عتق) المكاتب بالأداء؛ لأنهما مال فى الجملة (ولزمه أن يسعى فى قيمته) : أى قيمة نفسه، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد ، وقد تعذر ذلك بالعتق ؛ فيجب رد قيمته، كما فى البيع الفاسد إذا تلف المبيع ، وأما فيما إذا كاتبه على قيمة نفسه فإنه يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو البدل ، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد ؛ لاختلاف أجناسه ، فلا يثبت العتق

وَلاَ يَنْقُصُ مِنَ الْمُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَالْـكِتَابَةَ جَائِزَةٌ ، وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْهِ كِتَابَة وَاحِدَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ : إِنْ أَدَّيَا عَتَقَا ، وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا إِلَى الرِّقِّ ، وإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الآخَرِ جَازَتِ الْـكِتَابَةُ ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا

بدون إرادته كما فى الهداية . وأعلم أنه متى سمى مالا وفسدت الـكتابة بوجه من الوجوه وجبت قيمته (و) لـكن (لا ينقص من المسمى ويزاد عليه) وذلك كمن كاتب عبده على ألف رطل من خمر فأدى ذلك عتق ووجبت عليه قيمة نفسه إن كانت أكثر من الألف ، وإن كانت أقل لا يسترد الفضل ، وتمامه فى التصحيح ، قال فى المبسوط : إذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبداً فالـكتابة فاسدة ، فتجب القيمة ، فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينتقص ، وإن كانت زائدة زيدت عليه ، اهـ .

(وإن كاتبه على حيوان غير موصوف فالـكتابة جائزة) قال فى الهداية : ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة ، وينصرف إلى الوسط ، ويجبر على قبول القيمة ، وقد مر فى النـكاح ، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول « دابة » لا يجوز ، لأنه يشمل أجناساً فتتفاحش الجهالة ، وإذا بين الجنس كالعبد فالجهالة يسيرة ، ومثلها يتحمل فى الـكتابة ، اهـ (وإن كاتب عبديه كتابة واحدة بألف درهم) مثلا جاز ، ثم (إن أديا) الألف (عتقا) ، لحصول الشرط (وإن عجزا ردا إلى الرق) ولا يعتقان إلا بأداء الجميع ، لأن الـكتابة واحدة فـكانا كشخص واحد (وإن كاتبهما على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر) حصته (جازت الـكتابة ، وأيهما أدى) البدل (عتقا)

وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا أَدَّي؛ وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ ، وَسقطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ ، وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى الْمُكَاتَبِ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَة ، وَقيل لهُ : أَدِّ المالَ إلي وَرثةِ الْمولى عَلَى نُجُومِهِ ، فإِنْ أَعْتَقَهُ أَحدُ الْوَرَثةِ لَمْ يَنفُذْ عتْقُهُ ، وَإِنْ أعْتقُوهُ جَمِيعًا عَتقَ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتابَةِ ،

جميعاً (ويرجع) الذى أدى (على شريكه بنصف ما أدى) ويشترط فى ذلك قبولها جميعاً ؛فإن قبل أحدهما ولم يقبل الآخر بطل ؛ لأنهما صفقة واحدة، وللمولى أن يطالب كل واحد منهما بالجميع نصفه بحق الأصالة ونصفه بحق الكفالة ، وأيهما أدى شيئاً رجع على صاحبه بنصفه : قليلا كان أو كثيراً ؛ لأنهما مستويان فى ضمان المال ، فإن أعتق المولى أحدهما عتق وسقطت حصته عن الآخر ، ويكون مكاتباً بما بقى ، ويطالب المكاتب بأداء حصته بطريق الأصالة ، والمعتقُ بطريق الكفالة ، فإن أداها المعتق رجع بها على صاحبه ، وإن أداها المكاتب لم يرجع بشىء ، لأنها مستحقة عليه ، جوهرة .

(وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه) لقيام ملكه (وسقط عنه مال الكتابة) مع سلامة الأكساب والأولاد له .

(وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كيلا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب ؛ إذ الكتابة سبب الحرية ، وسبب حق المرء حقه (وقيل له) أى المكاتب : (أد المال) المعين عليك (إلى ورثة المولى على نجومه) ، لأنه استحق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك ، فيبقى بهذه الصفة ، ولا يتغير ، إلا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه ، لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا الوراثة ، هداية . وإنما ينتقل إلى الورثة مافى ذمته من المال (وإن أعتقوه) : أى الورثة (جميعاً عتق) مجاناً استحساناً (وسقط عنه مال الكتابة) ، لأنه يصير إبراءاً من بدل الكتابة ، وبراءته منه توجب عتقه ، ويعتق من جهة الميت ، حتى إن

وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ ، وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى سَقَطَ عَنهَا مَالُ الكِتَابَةِ ، وَإِنْ وَلَدَتْ مُكَاتَبَتُهُ مِنْهُ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدِهِ ، وَإِذَا كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَي وَلا مَالَ لَهُ كَانَتْ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَوْ جَمِيعِ مَالِ الكِتَابَةِ ، وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ

الولاء يكون للذكور من عصبته دون الإناث ، ولا يشبه هذا ما إذا أعتقه بعضهم ، لأن إبراءه إنما يصادف حصته ، ولو برىء من حصته بالأداء لم يعتق ، فكذا هذا كما فى الجوهرة .

(و إذا كاتب المولى أم ولده جاز) لبقاء ملكه فيها (فإن مات المولى) قبل الأداء (سقط عنها مال الكتابة) لعتقها بالاستيلاد ، فيبطل حكم الكتابة وتسلم لها الأكساب والأولاد (و إن ولدت مكاتبته) : أى المولى (منه فهى بالخيار : إن شاءت مضت على الكتابة) وأخذت العقر من مولاها (وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) لأنه تلقتها جهتا حرية : عاجل ببدل ، وآجل بغير بدل ، فتتخير بينهما ، ونسب ولدها ثابت من المولى (و إذا كاتب) المولى (مدبرته جاز) لحاجتها إلى تعجيل الحرية (فإن مات المولى) قبل أداء البدل (ولا مال له) غيرها (كانت بالخيار بين أن تسعى) للورثة (فى ثلثى قيمتها أوجميع مال الكتابة) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف : تسعى فى الأقل منهما ، وقال محمد : تسعى فى الأقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة ، فالخلاف فى الخيار والمقدار : فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ، ومع محمد فى نفى الخيار ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما، تصحيح (و إن دبر مكاتبته صح التدبير) ؛ لما مر من أنه

وَلَهَا الخِيارُ : إِنْ شَاءتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ ، وَإِن شَاءتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً ، وَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا فَمَاتَ الْمَوْلَى وَلاَ مَالَ لَهُ فَهِيَ بِالخِيَارِ : إِنْ شَاءتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَالِ الْكِتَابَةِ أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبُ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَجُزْ ، وَإِن وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ لَمْ يَصِحّ ، وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ جَازَ ، فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الأَوَّلُ فَوَلاَؤُهُ لِلْمَوْلَى ، وَإِنْ أَدَّى بَعْدَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ الأَوَّلِ فَوَلاَؤُهُ لَهُ .

تلقتها جهتا حرية (ولها الخيار: إن شاءت مضت على الكتابة) تعجيلا للحرية (وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لأن الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك (فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له) غيرها (فهى بالخيار: إن شاءت سعت) للورثة (فى ثلثى مال الكتابة أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة) وقالا: تسعى فى الأقل منهما ، فالخلاف فى هذا الفصل بناء على ما ذكرنا ، أما المقدار فمتفق عليه ، هداية . والذى ذكره هو تجزؤ الإعتاق، وقد تقدم مرارا أن الفتوى فيه على قول الإمام كما نقلته عن الأئمة الأعلام، وعلى هذا مشى الإمام المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح (وإذا أعتق المكاتب عبده على مال لم يجز) ، لأنه ليس من الكسب ولا من توابعه ؛ لأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين فى ذمة المفلس ، وكذلك تزويجه، لأنه تعييب له بشغل رقبته بالمهر والنفقة، بخلاف تزويج الأمة ؛ لأنه اكتساب باستفادة المهر، كما فى الهداية (و) وكذا (إذا وهب على عوض لم يصح) ، لأنها تبرع ابتداء (وإن كاتب) المكاتب (عبده جاز) استحسانا ، لأنه عقد اكتساب ، وقد يكون أنفع من البيع ؛ لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه (فإن أدى الثانى) البدل (قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى) لأن فيه نوع ملك فيصح إضافة الإعتاق إليه فى الجملة ، فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه (وإن أدى بعد عتق المكاتب الأول فولاؤه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له ، هداية.

كتاب الولاء

إِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ مَمْلُوكَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تُعْتِقُ ، فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ . وَإِذَا أَدَّى الْمُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى . وَكَذَلِكَ إِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى فَوَلَاؤُهُ لِوَرَثَةِ الْمَوْلَى ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ مُدَبَّرُهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ

كتاب الولاء

هو لغة : النصرة والمحبة ، وشرعا : عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة كما في الزيلعي . وفي الهداية : الولاء نوعان : ولاء عتاقة ، ويسمى ولاء نعمة ، وسببه العتق على ملكه في الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له ، وولاء موالاة ، وسببه العقد ، ولهذا يقال : ولاء العتاقة ، وولاء الموالاة ، والحكم يضاف إلى سببه . اهـ .

(إذا أعتق الرجل مملوكه فولاؤه له) ، لأنه أحياه بإزالة الرق عنه ، فيرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى ، ويصير كالولاد ؛ لأن الغنم بالغرم (وكذلك المرأة تعتق) مملوكها ، فيكون ولاؤه لها لما بينا (فإن شرط) المولى (أنه) أي العبد (سائبة) لا يرثه إذا مات ، ولا يعقل عنه إذا جنى (فالشرط باطل) لمخالفته للنص (والولاء لمن أعتق) كما هو نص الحديث (وإذا أدى المكاتب) بدل الكتابة ومولاه حي (عتق ، و) كان (ولاؤه للمولى) ، لعتقه على ملكه (وكذا إن عتق بعد موت المولى) لأن العتق من جهته وإن تأخر بمنزلة المدبر وقد مر أنه لا يورث ، وإنما ينتقل إليهم ما تقرر في ذمته ، وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته ؛ لأن فعل الوصي بعد موته كفعله ، والتركة على حكم ملكه ، هداية (فإن مات المولى عتق مدبَّره وأمهاتُ أولاده

وَوَلاَؤُهُمْ لَهُ ، وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ وَوَلاَؤُهُ لَهُ ، وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لآخَرَ فَأَعْتَقَ مَوْلى الأَمَةِ الأَمَةَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْعَبْدِ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا ، وَوَلاءُ الْحَمْلِ لِمَوْلىٰ الأُمِّ لاَ يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبداً ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَداً فَوَلاَؤُهُ لِمَوْلىٰ الأُمِّ فَإِنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ جَرَّ وَلاءَ ابْنِهِ ، وَانْتَقَلَ عَنْ مَوْلىٰ الأُمِّ إِلىٰ مَوْلىٰ الأَبِ . وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ الْعَجَمِ .

وولاؤهم له) لعتقهم باستيلاده وتدبيره (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وولاؤه له) لوجود السبب ، وهو المعتق عليه (وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهى حامل من العبد عتقت) الأمة (وعتق حملها) تبعاً لها (وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه) : أى عن مولى الأم (أبداً) ، لأنه عتق بعتق الأم مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصوداً ، فلا ينتقل ولاؤه عنه ، وهذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر ؛ للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق ، وكذا لو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر ، لأنهما توأما حمل واحد كما فى الهداية (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاؤه المولى الأم) أيضاً ، لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها فتبعها فى الولاء ، ولكن لما لم يكن محقق الوجود وقت الإعتاق لم يكن عتقه مقصوداً (فإن أعتق العبد جرّ ولاء ابنه) إلى مواليه (وانتقل) الولاء (عن مولى الأم إلى مولى الأب) ، لأن الولاء بمنزلة النسب ، والنسب إلى الآباء ، فكذلك الولاء ، وإنما صار أولا لموالى الأم لأنه ضرورة لعدم أهلية الأب ، فإذا صار الأب أهلا عاد الولاء إليه (ومن تزوج من العجم) جمع العجمى ، وهو خلاف العربى وإن كان فصيحاً كما فى المغرب

بِمُعْتَقَةٍ مِنَ الْعَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا فَوَلاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَىٰ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتِقِ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَىٰ دُونَ بَنَاتِهِ

(بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء ولدها لمواليها عند أبي حنيفة) قال في الهداية : وهو قول محمد ،وقال أبو يوسف:حكمه حكم أبيه ، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا ، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً ، لأنه هالك معنى ، ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الأحكام ، حتى اعتبرت الكفاءة فيه ؛ والنسب في حق العجم ضعيف ،فإنهم ضيعوا أنسابهم ،ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوي لا يعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الأب عربيا ، لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل، كما أن تناصرهم بها، فأغنت عن الولاء ،اهـ . قال جمال الإسلام في شرحه : الصحيح قولهما ، ومشى عليه المحبوبي والنسفي وغيرهما كما في التصحيح (وولاء العتاقة تعصيب) : أي موجب للعصوبة (فإن كان للمعتق) بالبناء للمفعول (عصبة من النسب فهو أولى منه) لأن عصوبة المعتق سببيَّة (وإن لم يكن له) : أي المعتق (عصبة من النسب فميراثه للمعتق) يعني إذا لم يكن هناك صاحب فرض في حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة ، ومعنى قولنا « في حال » أي حالة واحدة كالبنت ، بخلاف الأب فإن له حال فرض وحال تعصيب ، فلا يرث المعتق في هذه الحالة كما الجوهرة ، وهو مقدم على الرد وذوي الأرحام ، قال في زاد الفقهاء :ثم عندنا المولى الأسفل لا يرث من الأعلى ؛ لأن المعتق أنعم عليه بالعتق : وهذا لا يوجد في المعتق ، اهـ (فإن مات المولى) أولا (ثم مات)بعده (المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته)لأن الولاء تعصيب ،

وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ ، أَوْ كَاتَبْنَ ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ ، وَإِذَا تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلِابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ ، وَالْوَلَاءُ لِلْكُبْرِ

وَإِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ ؛ أَوْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ وَوَالَاهُ ، فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ ، وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلَاهُ ،

ولا تعصيب للنساء إلا ما ذكر المصنف بقوله : (وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) قال فى الهداية : بهذا اللفظ ورد الحديثُ عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وفى آخره « أو جر ولاء معتقهنّ » ولأن ثبوت المالكية والقوة فى المعتق من جهتها ، فينتسب بالولاء إليها ، و ينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، بخلاف النسب ، لأن سببه الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج ، وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بنى المولى ، بل هو لعصبته الأقرب ، اه باختصار (و إذا ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر فميراث المعتق للابن) لأنه أقرب (دون بنى الابن) لأنهم أبعد (والولاء) حيث اجتمعت العصبة (للكبر) قال فى الصحاح : يقال « هو كبر قومه » أى هو أقعدهم نسباً ، اهـ . والمراد هنا أقربهم .

(و إذا أسلم رجل) حر مكلف مجهول النسب (على يد رجل ووالاه) أى عقد معه عقد الموالاة ، وهو أن يتعاقد معه (على أن يرثه) إذا مات (و يعقل عنه) إذا جنى (أو أسلم على يد غيره ووالاه) كذلك (فالولاء صحيح ، وعقله على مولاه) قال أبو نصر الأقطع فى شرحه : قالوا : و إنما يصح الولاء بشرائط؛ أحدها : أن لا يكون الموالى من العرب ، لأن تفاخر العرب بالقبائل أقوى ، والثانى : أن لا يكون عتيقاً ؛ لأن ولاء العتق أقوى ، والثالث : أن لا يكون

فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى ، وإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ ، فَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَيْسَ لِمَوْلَى الْعَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَداً .

كِتَابُ الْجِنَايَاتِ

عقل عنه غيره ؛ لتأكد ذلك ؛ الرابع : أن يشترط العقل والإرث . اه (فإن مات) المولى الأسفل (ولا وارث له فميراثه للمولى) الأعلى ، لأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء ، والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق ، لا أنه مستحق ، هداية (وإن كان له وارث فهو أولى منه) ؛ لأنه وارث شرعاً فلا يملكان إبطاله (وللمولى) الأسفل (أن ينتقل عنه) : أى عن المولى الأعلى (بولائه إلى غيره)، لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية ، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه ، لعدم اللزوم ؛ إلا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصداً ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول ، لأنه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة ، هداية . وهذا (ما لم يعقل عنه ؛ فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره) ؛ لأنه تعلق به حق الغير ، وكذا لا يتحول ولده ، وكذا إذا عقل عن ولده ، كما فى الهداية (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحداً) ؛ لأنه لازم ، ومع بقائه لا يظهر الأدنى ، هداية .

كتاب الجنايات

وجه المناسبة بينه وبين العتق أن فى مشروعية كل منهما إحياء معنويا .

والجنايات : جمع جناية ، وهى لغة : التعدى ، وشرعا : عبارة عن التعدى الواقع فى النفس والأطراف .

الْقَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ : عَمْـدٍ ، وَشِبْهِ عَمْدٍ ، وَخَطَإٍ ، وَمَا أُجْرِيَ مُجْرَى الْخَطَإِ ، وَالْقَتْل بِسَبَبٍ .

فَالْعَمْدُ : مَا تُعُمِّدَ ضَرْبُهُ بِسِلاَحٍ ، أَوْ مَا أُجْرِيَ مُجْرَى السِّلاَحِ فِي تَفْرِيقِ الأجْزَاء ، كَالْمُحَدَّدِ مِنَ الْخَشَبِ وَالْحَجَرِ وَالنَّارِ ، وَمُوجَبُ ذَلِكَ الْمَأْثَمُ وَالْقَوَدُ ، إِلاَّ أَنْ يَعْفُوَ الأَوْلِيَاء ، وَلا كَفَّارَةَ فِيهِ .

وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسِلاَحٍ ، وَلا مَا أُجْرِيَ

(القتل) الذى تتعلق به الأحكام الآتية (على خمسة أوجه) وإلا فأنواعه كثيرة كرجم وصلب وغيرهما ، وهى : (عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطإ ، والقتل بسبب) ثم أخذ فى بيانها على الترتيب فقال :

(فالعمد : ما) أى آدمى (تعمد) بالبناء للمجهول (ضرب به بسلاح أوماأجرى مجرى السلاح فى تفريق الأجزاء)وذلك (كالمحدد) أى الذى له حد يفرق الأجزاء (من الخشب والحجر والنار) ، لأن العمد هو القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليله ـ وهو استعمال الآلة القاتلة ـ فأقيم الاستعمال مقام القصد ، كما أقيم السفر مقام المشقة ، وفى حديد غير محدد روايتان : أظهرهما أنه عمد كما فى الدرر عن البرهان (وموجب ذلك) : أى القتل العمد (المأثم) ، لأنه من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله (والقود) : أى القصاص (إلا أن يعفو الأولياء) أو يصالحوا ، لأن الحق لهم ، ثم هو واجب عَيْناً ، وليس للولى أخذ الدية إلا برضاء القاتل ، هداية (ولا كفارة فيه) ؛ لأنه كبيرة محضة ، وفى الكفارة معنى العبادة ، فلا يناط بها ، ومن حكمه حرمان الإرث ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ميراث لقاتل » كما فى الهداية .

(وشبه العمد عند أبى حنيفة : أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى

مُجْرَى السِّلَاحِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ ، أَوْ خَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ ، فَهُوَ عَمْدٌ ، وَشِبْهُ العَمْدِ : أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، وَمُوجَبُ ذَلِكَ عَلَى القَوْلَيْنِ الْمَأْثَمُ وَالْكَفَّارَةُ ، وَلَا قَوَدَ ، وَفِيهِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ

وَالخَطَأُ عَلَى وَجْهَيْنِ : خَطَأٌ فِي الْقَصْدِ ، وَهُوَ : أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ ، وَخَطَأٌ فِي الْفِعْلِ ، وَهُوَ :

مجرى السلاح) مما مر؛ لتقاصر معنى العمدية باستعماله آلة لا يقتل بها غالباً و يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه ، فكان شبه العمد (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا ضربه بحجر عظيم ، أو خشبة عظيمة) مما يقتل به غالباً (فهو عمد) لأنه لما كان يقتل غالباً صار بمنزلة الآلة الموضوعة له (وشبه العمد: أن يتعمد ضربه بما لا يقتل غالباً) قال الإمام الإسبيجابي في شرحه : الصحيح قول الإمام ، وفي الكبرى : الفتوى في شبه العمد على ما قال أبو حنيفة ، واختاره المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح (وموجب ذلك) : أي شبه العمد (على) اختلاف (القولين : المأثم) ، لأنه قاتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطأ (ولا قود) ، لأنه ليس بعمد (وفيه دية مغلظة على العاقلة) والأصل في ذلك : أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ . و يتعلق به حرمان الإرث لأنه جزاء القتل ، والشبهة تؤثر في إسقاط القصاص دون حرمان الإرث ، كما في الهداية .

(والخطأ على وجهين: خطأ في القصد) أي قصد الفاعل (وهو: أن يرمي شخصا يظنه صيداً فإذا هو آدمي) أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم(وخطأ في) نفس(الفعل وهو

أن يَرْمِيَ غَرَضاً فَيُصِيبَ آدمِيًّا ، ومُوجَبُ ذَلِكَ : الكفَّارَةُ ، وَالدِّيةُ عَلَى العَاقِلةِ ، وَلاَ مَأْثَمَ فِيهِ ،

وَمَا أُجْرِيَ مُجْرَى الخَطأ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الخَطإِ ،

وأمَّا القَتْلُ بِسَبَبٍ : كَحَافِرِ البِئرِ ، وَوَاضِعِ الحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، وَمُوجَبُهُ إِذَا تَلفَ فِيهِ آدَمِيٌّ : الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ ، وَلاَ كَفَّارَةَ فِيهِ .

وَالقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ

أن يرمى غرضا) أو صيداً (فيصيب آدميا ، وموجب ذلك) في الوجهين (الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى : « فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » الآية (ولا مأثم فيه) في الوجهين ، قال في الهداية : قالوا : المراد إثم القتل ، وأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم ، من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمى ، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ، ويحرم من الميراث ، لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به ، اه .

(وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله) لأنه معذور كالمخطىء (فحكمه حكم الخطإ) من وجوب الكفارة والدية وحرمان الإرث .

(وأما القتل بسبب كحافر البئر ، وواضع الحجر في غير ملكه) بغير إذن من السلطان . درعن ابن كمال (وموجبه) أي القتل بسبب (إذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة ، ولا كفارة فيه) ولا إثم ، ولا يتعلق به حرمان الميراث ، لأن القتل معدوم منه حقيقة ، وألحق به في حق الضمان؛ فبقي في حق غيره على الأصل كما في الهداية .

(والقصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد) وهو المسلم والذمى بخلاف الحربي والمستأمن ، لأن الأول غير محقون الدم، والثاني وإن كان محقون الدم في

إِذَا قُتِلَ عَمْداً ، وَيُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ ، وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ ، وَالْمُسْلِمُ بِالْمُسْتَأْمَنِ ؛ وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمِنِ ، وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ ، وَلَا بِعَبْدِهِ ، وَلَا مُدَبَّرِهِ ، وَلَا مُكَاتَبِهِ ، وَلَا بِعَبْدِ وَلَدِهِ ، وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصاً عَلَى أَبِيهِ

دارنا لكن لا على التأبيد ، لأنه إذا رجع صار مباح الدم (إذا قتل) بالبناء للمجهول (عمداً) بشرط كون القاتل مكافئا ، وانتفاء الشبهة بينهما (ويقتل الحر بالحر ، والحر بالعبد) لإطلاق قوله تعالى : « أن النفس بالنفس » فإنه ناسخ لقوله تعالى « الحر بالحر » ، ولأن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة ، وهى بالدين أو بالدار وهما مستويان فيهما (والمسلم بالذمى) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى ، ولأن المساواة فى العصمة ثابتة بالدار ، والمبيح كفر المحارب دون المسالم (ولا يقتل المسلم بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأبيد ؛ لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمى بالمستأمن ، لما بينا ، ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ، ولا يقتل استحسانا ، لقيام المبيح كما فى الهداية (ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ، والصحيح بالأعمى والزمن) وناقص الأطراف والمجنون ، للعمومات ، ولأن فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص كما فى الهداية .

(ولا يقتل الرجل بابنه) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقاد الوالد بولده » ولأنه سبب إحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ، والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا فى هذا بمنزلة الأب ، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت ، لما بينا . ويقتل الرجل بالوالد لعدم المسقط كما فى الهداية (ولا بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، هداية (ومن ورث قصاصا على أبيه) أى أصله

سَقَطَ ، وَلاَ يُسْتَوْفَى القِصَاصُ إلاَّ بِالسَّيْفِ ،

وَإذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْداً وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إلاَّ الْمَوْلَي وَتَرَكَ وَفَاء فَلَهُ القِصَاصُ ؛ فَإنْ تَرَكَ وَفَاء وَوَارِثُهُ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلاَ قِصَاصَ لَهُمْ ، وَإنِ اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَى ،

(سقط) عنه ، لأن الفرع لا يستوجب العقوبة على أصله . وصُورةُ المسألة فيما إذا قتل الأب أب امرأته مثلا ولا وارث له غيرها، ثم ماتت المرأة ؛ فإن ابنها منه يرث القَوَدَ الواجب على أبيه ، فسقط لما ذكرناه ، وأما تصوير صدر الشريعة فثبوته فيه للابن ابتداء لا إرثاً عند أبي حنيفة وإن اتحد الحكم كما لا يخفى ، در .

(ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) وإن قتل بغيره ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح ، هداية .

(وإذا قتل) بالبناء للمجهول (المكاتب عمداً) وترك وفاء (وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص) عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن حق الاستيفاء له بيقين على التقديرين ، وقال محمد : لا أرى فيه قصاصا ، لأنه اشتبه فيه سبب الاستيفاء ، فإنه الولاء إن مات حراً ، والملك إن مات عبداً ، وقال الاسبيجابي : وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف ، والصحيح قول أبي حنيفة ، اهـ . قيدنا بكونه ترك وفاء لأنه إذا لم يترك وفاء فللمولى القصاص إجماعا ، لأنه مات على ملكه ، كما في الجوهرة (فإن ترك) المكاتب (وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص لهم) أي للورثة (وإن اجتمعوا مع المولى) ؛ لأنه اشتبه من له الحق ، لأنه المولى إن مات عبداً ، والوارث إن مات حراً ، إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق ، بخلاف الأولى ، لأن المولى متعين فيها . هداية .

وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ حَتّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ .

وَمَنْ جَرَحَ رَجُلاً عَمْداً فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ عَمْداً مِنَ الْمِفْصَلِ قُطِعَتْ يَدُهُ ، وكَذَلِكَ الرِّجْلُ ، وَمَارِنُ الْأَنْفِ ، وَالْأُذُنُ ، وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ فَقَلَعَهَا فَلَا قِصَاصَ عليهِ، وإِنْ كانَتْ قَائِمَةً فَذَهَبَ ضَوْءهَافَعَلَيْهِ القِصَاصُ : تُحْمَى لَهُ المِرْآةُ ، وَيُجْعَلُ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ .

(وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) ، لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه ، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين ، فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه ، هداية .

(ومن جرح رجلا عمداً فلم يزل) المجروح (صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب ، وعدم ما يبطل حكمه فى الظاهر ، فأضيف إليه ، هداية .

(ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده) ولو كانت أكبر من يد المقطوع ، لقوله تعالى : « والجروح قصاص » وهو ينبىء عن المماثلة ، وكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ، وما لا فلا ، وقد أمكن فى القطع من المفصل فاعتبر؛ ولا معتبر بكبر اليدوصغرها،لأن منفعة اليد لاتختلف بذلك، هداية. فلوالقطع من الساعد لم يُقَدْ ، لامتناع حفظ المماثلة وهى الأصل فى جريان القصاص (وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن) ، لإمكان رعاية المماثلة (ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه) لامتناع المماثلة (و) لكن (إن كانت قائمة) غير منخسفة (فذهب ضوءها) فقط (فعليه القصاص) لإمكان المماثلة حينئذ كما قال (تحمى له المرآة ، ويجعل على وجهه) وعينه الأخرى (قطن

رَطْبٌ ، وَتُقَابَلُ عَيْنُهُ بِالْمِرْآةِ حَتَّى يَذْهَبَ ضَوءُهَا ، وَفِي السِّنِّ الْقِصَاصُ ، وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ يُمكِنُ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ الْقِصَاصُ ، وَلاقِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلاَّ فِي السِّنِّ ، وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ ، إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْخَطَأٌ ، ولا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ والْمرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، وَلَا بَيْنَ الْحُرِّ والعَبْدِ ، ولا بَيْنَ العَبْدَيْنِ .

(رطب) أى مبلول (وتقابل عينه بالمرآة حتى يذهب ضوءها) وهو مأثور عن الصحابة رضى الله عنهم (وفى السن القصاص) لقوله تعـالى : « والسن بالسن » فتقلع إن قلعت ، وقيل : تبرد إلى اللحم ، ويسقط ما سواه لتعذر المماثلة ؛ إذ ربما تفسد لهاته ، وبه أخذ صاحب الـكافى ، وفى المجتبى : وبه يفتى، وفيه : وتؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى ، اهـ . والحاصل أنه لا يؤخذ عضو إلا بمثله (وفى كل شجة يمكن فيها المماثلة القصاص) ، لما تلونا .

(ولا قصاص فى عظم إلا فى السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، ولأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر ، لاحتمال الزيادة والنقصان ، بخلاف السن ، لأنه يبرد بالمبرد ، كما فى الهداية .

(وليس فيما دون النفس شبه عمد ، إنما هو عمد أو خطأ) ، لأن شبه العمد يعود إلى الآلة ، والقتل هو الذى يختلف باختلافها ، بخلاف مادون النفس ، لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة ، فلم يبق إلا العمد والخطأ ، كما فى الهداية

(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدين) ، لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثلُ بالتفاوت فى القيمة .

وَيَجِبُ القِصَاصُ فِى الأَطْرَافِ بَيْنَ المُسْلِمِ والكَافِرِ ، وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ ، أَوْجَرَحَهُ جَائِفَةً فَبَرَأَ مِنهَا فَلاَقِصَاصَ عَلَيْهِ ، وَإِذَا كَانَتْ يَدُ المَقْطُوعِ صَحِيحَةً وَيَدُ القَاطِعِ شَلاَّءَ أَوْنَاقِصَةَ الأَصَابِعِ فَالمَقْطُوعُ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَطَعَ اليَدَ المَعِيبَةَ ، ولاَ شَيْءَ لَهُ غَيْرهَا ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلاً ، وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً فاسْتَوْعبتِ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ ، وهى لاَ تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ قَرْنَي الشَّاجِّ ، فَالمَشْجُوجُ بِالخِيَار : إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ

(ويجب القصاص فى الأطراف) فيما (بين المسلم والكافر) ، للتساوى بينهما فى الأرش .

(ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جَرحه جائفة) وهى التى وصلت إلى جوفه (فبرأ منهـا فلا قصاص عليه) لتعذر المماثلة ، لأن الساعد عظم ، ولا قصاص فى عظم كما مر ، والبرء فى الجائفة نادر ، فلا يمكن أن يجرح الجانى على وجه يبرأ منه ، فيكون إهلاكا فلا يجوز ، وأما إذا لم تبرأ فإن مرت وجب القود ، و إلا فلا يقاد إلا أن يظهر الحال من البرء أو السراية كما فى الدر (وإذا كانت يدالمقطوع صحيحة و) كانت (يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار: إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولاشىء له غيرها ، و إن شاء أخذ الأرش كاملا) ؛ لأن استيفاء حقه كاملا متعذر؛ فلهأن يتجوز بدون حقه، ولهأن يعدل إلى العوض، كمن أتلف مثليا فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق إلا الردى. يخير المالك بين أخذ الموجود وبين القيمة (ومن شج رجلا) : أى جرحه فى رأسه (فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه) أى طرفى رأسه (وهى) إذا أريد استيفاؤها (لا تستوعب ما بين قرنى الشاج) لكون رأسه أكبر من رأس المشجوج (فالمشجوج بالخيار : إن شاء اقتص

بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ ، يَبْتَدِىءُ مِنْ أَيِّ الْجَانِبَيْنِ شَاءَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ ، وَلا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ، وَلا فِي الذَّكَرِ ، إِلا أَنْ تُقْطَعَ الْحَشَفَةُ ، وَإِذَا اصْطَلَحَ الْقَاتِلُ وأَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ عَلَى مَالٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَوَجَبَ الْمَالُ ، قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيراً ،

بمقدار شجته ، يبتدىء من أى الجانبين شاء ، و إن شاء أخذ الأرش) ، لأن فى استيفائه مابين قرنى الشاج زيادة على مافعل ، وفى استيفائه قدر حقه لايلحق الشاج من الشين مالحقه فينتقص حقه ، فيخير كما فى اليد الشلاء .

(ولا قصاص فى اللسان ، ولا فى الذكر) ولو القطع من أصلهما ، قال فى الهداية : وعن أبى يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب ، لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض و ينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة . اه ،ومثله فى شرح جمال الإسلام ثم قال : والصحيح ظاهر الرواية كما فى التصحيح (إلا أن تقطع الحشفة) ، لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه ، لأن البعض لايعلم مقداره ، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه ، لأنه لاينقبض ولا ينبسط ، وله حد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة ، والشَّفَة إن استقصاها بالقطع يجب القصاص ، لإمكان اعتبار المساواة ، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها ، هداية .

(و إذا أصطلح القاتل وأولياء المقتول على مال) معلوم(سقط القصاص ووجب المال) المُصالَح عليه (قليلا كان) المال (أو كثيرا) لأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً ، لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضى، والقليل والكثير فيه سواء ، لأنه ليس لم فيه نص مقدّر ، فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره ، و إن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال ، كما فى

فإنْ عَفَا أحَدُ الشرَكَاء أوْصَالَحَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى عِوَضٍ، سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ مِنَ القِصَاصِ، وكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ، وَ إذا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمْدًا اقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ، وَ إذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً فَحَضَرَ أوْلِيَاء المقْتُولِينَ قُتِلَ بِجَمَاعَتِهِمْ، وَلاشَيْء لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ، فَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ قُتِلَ لَهُ وَسَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ، وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ فَمَاتَ سَقَطَ القِصَاص،

الهداية (فإن عفا أحد الشركاء أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص؛ وكان لهم نصيبهم من الدية) فى مال القاتل فى ثلاث سنين، لا على العاقلة، ووقع فى المختار ومجمع البحرين «وتجب بقيتها على العاقلة» وهذا ليس من مذهب علمائنا، ولا أعلم قولا لأحد مطلقا، كذا فى التصحيح.

(و إذا قتل جماعة واحداً عمدا اقتص من جميعهم)، لقول عمر رضى الله عنه «ولو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم» ولأن القصاص مزجرة السفهاء، فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء، وفى التصحيح: قال فى الفوائد: وتشترط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جرحا ساريا، اه. وهذا إذا كان القتل عمداً، وأما إذا كان خطأ فالواجب عليهم دية واحدة (و إذا قتل واحد جماعة) عمداً (فحضر أولياء المقتولين) جميعهم (قتل بجماعتهم) اكتفاء به (ولا شىء لهم غير ذلك) لأنهم اجتمعوا على قتله، وزُهُوقُ الروح لايتبعض، فصار كل واحد مستوفياً جميع حقه (فإن حضر واحد) من الأولياء (قتل له): أى للولى الحاضر، وفى بعض النسخ «به» أى بسببه (وسقط حق الباقين)، لأن حقهم فى القصاص، وقد فات، فصار كما إذا مات القاتل.

(ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص)، لفوات محل الاستيفاء.

وَ إِذَا قَطَعَ رَجُلاَنِ يَدَ رَجُلٍ فَلاَ قِصَاصَ عَلَى واحِدٍ مِنْهُمَا ، وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، و إِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ فَحَضَرَا ، فَلَهُمَا أَن يَقْطَعَا يَدَهُ ، وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ ، وَيَقْتَسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ ، و إِنْ حَضَرَ واحِدٌ مِنْهُمَا فَقَطَعَ يَدَهُ فَلِلآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، و إِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ لَزِمَهُ الْقَوَدُ ، وَمَنْ رَمَي رَجُلاً عَمْدًا فَنَفَذَ السَّهْمُ مِنْهُ إِلَيْ آخَرَ فَمَاتَا ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِلأَوَّلِ ، وَالدِّيَةُ لِلثَّانِى عَلَى عَاقِلَتِهِ .

(و إذا قطع رجلان يد رجل واحد) أو رجله أو قلعا سنه أو نحو ذلك مما دون النفس (فلا قصاص على واحد منهما) لأن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتمادهما ، والمحل متجزىء ؛ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة ، بخلاف النفس ، لأن الانزهاق لايتجزأ (و) يجب (عليهما نصف الدية) بالسوية ؛ لأنها دية اليد الواحدة (و إن قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده و يأخذا منه نصف الدية ويقتسمانه) بينهما (نصفين) سواء قطعهما معاً أو على التعاقب ، لأنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة (و إن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية) لأن للحاضر أن يستوفى ، لثبوت حقه ، فإذا استوفى لم يبق محل لاستيفاء الآخر ؛ فيتعين حقه فى الدية لأن حقه لايسقط إلا بالعوض أو العفو .

(و إذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) لأنه لا تهمة فى إقراره بالعقوبة على نفسه ، بخلاف المال .

(ومن رمى رجلا عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول) لأنه عمد (و) عليه (الدية للثانى على عاقلته) لأنه أحد نوعى الخطأ فكأنه رمى صيداً فأصاب آدميا ، والفعل يتعدد بتعدد الأثر كما فى الهداية .

كتاب الديات

إذا قَتَلَ رَجُلٌ رَجُلاً شِبْهَ عَمْدٍ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ، ودِيَةُ شِبْهِ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَاعاً : خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ ، وَخَمْسٌ وعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ ، وخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً ، وخَمْسٌ وعِشْرُونَ جَذَعَةً ، ولا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إلاَّ فِي الْإِبِلِ خَاصَّةً ، فإِنْ قُضِيَ بِالدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ الْإِبِلِ لَمْ تَتَغَلَّظْ ،

كتاب الديات

مناسبتها للجنايات وتأخيرها عنها ظاهر .

والديات : جمع دية ؛ وهي في الشرع : اسم للمال الذي هو بدل النفس ، لا تسمية للمفعول بالمصدر ؛ لأنه من المنقولات الشرعية ، والأَرْشُ : اسم للواجب فيما دون النفس ، كما في الدر .

(إذا قتل رجل رجلا شبه عمد) كما تقدم (فعلى عاقلته دية مغلظة ، وعليه) أيضاً (كفارة) وسيأتي أنها عتق رقبة مؤمنة ، وإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين (ودية شبه العمد) المعبر عنها بالمغلظة (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً) وهي (خمس وعشرون بنت مخاض) وتقدم في الزكاة أنها التي طعنت في السنة الثانية (وخمس وعشرون بنت لبون) وهي التي طعنت في الثالثة (وخمس وعشرون حقة) وهي التي طعنت في الرابعة (وخمس وعشرون جذعة) وهي التي طعنت في الخامسة . وقال محمد : ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثَنِيَّة ، كلها خلفات في بطونها أولادها . قال الإسبيجابي : والصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما كما في التصحيح (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه (فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ) لأنه باب المقدرات ، فيقف على التوقيف .

وَقَتْلُ الْخَطإِ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الْقَاتِلِ ، وَالدِّيَةُ فِي الْخَطإِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَخْمَاساً : عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ ، وعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ ، وعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً ، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً ، وَمِنَ الْعَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ ، وَمِنَ الْوَرِقِ عَشْرَةُ آلافِ دِرْهَمٍ ، وَلاَ تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلاَّ مِنْ هَذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلاَثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمحمد : مِنَ الْبَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ ، وَمِنْ الْغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ ، وَمِنَ الْحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ ،

(وقتل الخطإ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل) ؛ لما بينا أول الجنايات .

(والدية فى الخطإ) غير مغلظة ، وهى (مائة من الإبل أخماساً : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعا) ، لأنها أليق بحالة الخطأ ، لأن الخاطىء معذور .

(و) الدية (من العين) : أى الذهب (ألف دينار ، ومن الورق) : أى الفضة (عشرة آلاف درهم) وزن سبعة .

(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة) المذكورة (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد) : تثبت أيضا (من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) ؛ لأن عمر رضى الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها ، قال جمال الإسلام فى شرحه : الصحيح قول أبى حنيفة ، واختارهُ البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

* * *

وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّى سَوَاء ، وَفِى النَّفْسِ الدِّيَةُ ، وَفِى الْمَارِنِ الدِّيَةُ ، وَفِى اللِّسَانِ الدِّيَةُ ، وفِى الذَّكَرِ الدِّيَةُ ، وَفِى الْعَقْلِ إِذَا ضَرَبَ رَأْسَهُ فَذَهَبَ عَقْلُه الدِّيَةُ ،

(ودية المسلم والذمى سواء) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار » و به قضى أبو بكر وعمر كما فى الدرر ، ولا دية للمستأمن، هو الصحيح ، وأما المرأة فديتها نصف الدية كما فى الجوهرة .

(وفى النفس الدية) والمراد نفس الحر ، يستوى فيه الصغير والكبير ، والوضيع والشريف ، والمسلم والذمى ، لاستوائهم فى الحرمة والعصمة وكمال الأحوال فى الأحكام الدنيوية ، اختيار .

(وفى المارن) وهو مالان من الألف ، و يسمى الأرنبة (الدية) ، لفوات منفعة الجمال ، والأصل : أن كل ما يفوت به جنس المنفعة تجب به دية كاملة ، لأن البدن يصير هالكا بالنسبة إلى تلك المنفعة ، ولو قطع من القصبة لا يزاد على دية واحدة ، لأنه عضو واحد .

(وفى اللسان) الفصيح إذا منع النطق أو أداء أكثر الحروف (الدية) قيدنا بالفصيح لأن فى لسان الأخرس حكومة عدل ، و بمنع النطق أو أداء أكثر الحروف لأنه إذا منع أقلها قسمت الدية على عدد حروف الهجاء الثمانية والعشرين، أو حروف اللسان ، تصحيحان : فما أصاب الفائت يلزمه كما فى الدر ، وتمامه فى شرح الوهبانية (وفى الذكر) الصحيح (الدية) أما ذكر العنين والخصى والخنثى ففيه حكومة (وفى العقل إذا ضرب رأسه فذهب) منه (عقله الدية) ، لأنه بذهاب العقل تتلف منفعة الأعضاء ، فصار كتلف النفس ؛ وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو كلامه ، كما فى الجوهرة .

وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتِ الدِّيَةُ ، وفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ ، وفِي الْحَاجِبَيْنِ الدِّيَةُ ، وفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ ، وفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ ، وفِي الْأُذُنَيْنِ الدِّيَة ، وفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي الْأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي ثَدْيَيِ الْمَرْأَةُ الدِّيَةُ ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هٰذِهِ الْأَشْيَاءِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَفِي أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي أَحَدِهَا رُبعُ الدِّيَةُ ، وفِي كُلِّ إِصْبَعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ

(وفى اللحية) من الرجل (إذا حلقت فلم تنبت الدية) أما لحية المرأة فلاشيء فيها ، لأنها نقص ، وفى شرح الاسبيجابى : قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى : هذا إذا كانت اللحية كاملة يتجمل بها ، فإن كانت طاقات متفرقة لايتجمل بها فلاشيء فيها ، فإن كانت غير متفرقة إلا أنه لا يقع بها جمال كامل ففيها حكومة عدل اهـ. وفى الهداية : وفى الشارب حكومة عدل ، وهو الصحيح . اهـ . (وفى شعر الرأس) من الرجل والمرأة إذا حلقه أو نتفه ولم ينبت (الدية ، وفى الحاجبين) كذلك (الدية ، وفى العينين الدية ، وفى اليدين الدية ، وفى الرجلين الدية ، وفى الأذنين الدية ، وفى الشفتين الدية ، وفى الأنثيين) : أى الخصيتين (الدية ، وفى ثديى المرأة) وحلمتيها (الدية) أى دية المرأة . قيد بالمرأة لأن فى ثديى الرجل حكومة كما فى الجوهرة (وفى كل واحد من هذه الأشياء) المزدوجة (نصف الدية) ؛ لأن تفويت الاثنين منها تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كمال الدية ، وفى أحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية .

(وفى أشفار العينين) الأربعة إذا لم تنبت (الدية) وفى الاثنين منها نصف الدية (وفى أحدها ربع الدية) ، لما بينا (وفى كل إصبع من أصابع اليدين

وَالرِّجْلَيْنِ عُشْرُ الدِّيَةِ ، والْأَصَابِعُ كلُّها سَوَاءٌ ، وكُل إِصْبَعٍ فيها ثلاثةُ مَفَاصِلَ ، فَفِي أَحَدِهَا ثُلُثُ دِيَةِ الإِصْبَعِ ، ومَا فِيهَا مِفْصَلَانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَةِ الْإِصْبَعِ ، وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ ، والأَسْنَانُ والأَضْرَاسُ كلها سَوَاءٌ ، وَمَنْ ضَرَبَ عُضْواً فأَذْهبَ مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ ، كَمَا لَوْ قَطَعَهُ ، كَالْيَدِ إِذَا شَلَّتْ ، وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا .

والرجلين عشر الدية) لقوله صلى الله عليه وسلم « فى كل إصبع عشر من الإبل » (والأصابع كلها) . أى صغيرها وكبيرها (سواء) لاستوائها فى المنفعة (وكل إصبع فيها ثلاث مفاصل ففى أحدها) أى أحد المفاصل (ثلث دية الإصبع) ؛ لأنه ثلثها (وما فيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الإصبع) ؛ لأنه نصفها ، توزيعاً للبدل على المبدل (وفى كل سن) من الرجل نصف عشر الدية ، وهى (خمس من الإبل) أو خمسون ديناراً ، أو خمسمائة درهم ، وحينئذ تزيد دية الأسنان كلها على دية النفس بثلاثة أخماسها ، لأنها فى الغالب اثنان وثلاثون : عشرون ضرساً ، وأربعة أنياب ؛ وأربعة ثنايا ، وأربعة ضواحك ؛ ولا بأس فى ذلك ، لثبوته بالنص على خلاف القياس كما فى الغاية ؛ وفى العناية : وليس فى البدن ما يجب بتفويته أكثر من قدر الدية سوى الأسنان . اهـ . قيدنا بسن الرجل لأن دية سن المرأة نصف دية سن الرجل ، كما فى الجوهرة (والأسنان والأضراس كلها سواء) لاستوائها فى المعنى ، لأن الطواحن وإن كان فيها منفعة الطحن ففى الضواحك زينة تساوى ذلك كما فى الجوهرة .

(ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة) أى دية ذلك العضو وإن بقى قائما ، ويصير (كما لو قطعه) وذلك (كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها) ، لأن المقصود من العضو منفعته ، فذهاب منفعته كذهاب عينه .

وَالشِّجَاجُ عَشْرَةٌ : الخَارِصَةُ ،والدَّامِعَةُ، وَالدَّامِيَةُ ، وَالْبَاضِعَةُ ، وَالْمُتَلَاحِمَةُ ، وَالسِّمْحَاقُ ، والْمُوضِحةُ ، وَالهَاشِمَةُ ، وَالْمُنَقِّلَةُ ، والآمَّةُ ، فَفِي الْمُوضِحَةِ القِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْداً .

(الشجاج) وهو : ما يكون فى الوجه والرأس من الجراحة (عشرة) وهى (الحارصة) بمهملات ــ وهى : التى تحرص الجلد : أى تخدشه (والدامعة) بمهملات أيضا ــ وهى : التى تظهر الدم كالدمع ولا تسيله (والدامية) وهى : التى تسيل الدم (والباضعة) وهى : التى تبضع اللحم : أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى : التى تأخذفى اللحم ولا تبلغ السمحاق (والسمحاق)وهى:التى:تصل السمحاق ، وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم : أى تظهره (والهاشمة) وهى : التى تهشم العظم:أى تكسره (والمنقلة) وهى : التى تنقل العظم عن موضعه بعد كسره (والآمة) وهى: التى تصل إلى أم الدماغ ، وهى الجلدة التى فيها الدماغ، وبعدها الدامغة ــ بغين معجمة ــ وهى التى تخرج الدماغ، ولم يذكرها محمد للموت بعدها عادة فتكون قتلا ، لا شجاجا ، فعلم بالاستقراء بحسب الآثار أنها لا تزيد على العشرة ؛ در .

(ففى الموضحة القصاص إن كانت) الشجة (عمداً) ، لإمكان المماثلة فيها بالقطع إلى العظم فيتساويان ؛ ثم مافوقها لا قصاص فيه بالإجماع ، لتعذر المماثلة؛ وأما ماقبلها ففيه خلاف : روى الحسن عن أبى حنيفة لا قصاص فيها ، وذكر محمد فى الأصل ــ وهى ظاهر الرواية ــ أن فيه القصاص إلا فى السمحاق فإنه لا قصاص فيه إجماعا، لتعذر المماثلة، إذ لا يمكن أن ينشق حتى ينتهى إلى جلدة رقيقة فوق العظم، بخلاف ماقبلها، لإمكانه بعمل حديدة بقدر ذلك وتنفذ فى اللحم إلى آخرها فيستوفى منه كاف الجوهرة ، ومثله

وَلا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ ، ومَا دُونَ الْمُوضِحَةِ فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَفِي الْمُوضِحَةِ إِنْ كَانَتْ خَطَأً نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ، وَفِي الْهَاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ ، وَفِي الْمُنَقِّلَةِ عُشْرٌ وَنِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ، وَفِي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، فَإِنْ نَفَذَتْ فَهِيَ جَائِفَتَانِ فَفِيهَا ثُلُثَا الدِّيَةِ . وفى أَصَابِعِ الْيَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ .

فى الهداية وشرح الإسبيجابى (ولاقصاص فى بقية الشجاج) هذا بعمومه إنما هو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وأما على ماذكره محمد فى الأصل فمحمول على مافوق الموضحة ، جوهرة . ثم مالاقصاص فيه يستوى فيه العمد والخطأ (وما دون الموضحة) من الستة السابقة (ففيه حكومة عدل) وهى كما قال الطحاوى : أن يقوم مملوكا بغير هذا الأثر ، ثم معه ، فقدر التفاوت بين الثمنين يجب بحسابه من دية الحر ، فإن كان نصف عشر الثمنين وجب نصف عشر الدية ، وهكذا ، وبه يفتى كما فى الدر تبعاً للوقاية والنقاية والملتقى والخانية وغيرها .

(و) يجب (فى الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية) وذلك من الدراهم خمسمائة درهم فى الرجل ، ومائتان وخمسون فى المرأة ، وهى على العاقلة ، ولا تعقل العاقلة ما دونها كما يأتى (وفى الهاشمة عشر الدية ، وفى المنقلة عشر ونصف عشر الدية ، وفى الآمة ثلث الدية ، وفى الجائفة) وهى من الجراحة لا من الشجاج وهى التى تصل إلى الجوف (ثلث الدية) أيضاً ، لأنها بمنزلة الآمة ، وكل ذلك ثبت بالحديث (فإن نفذت) الجائفة (فهى جائفتان ، ففيها ثلثا الدية) فى كل جائفة ثلثها ، كما قضى بذلك أبو بكر رضى الله عنه .

(و) يجب (فى) قطع (أصابع اليد) كلها (نصف الدية) لأن فى كل إصبع

وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الكَفِّ فَفِيهَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ ، فَفِي الكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَفِي الزِّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَفِي الإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً مُوضِحَةً فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْشُ المُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ ، وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ المُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ ، وَمَنْ قَطَعَ إِصْبَعَ رَجُلٍ فَشَلَّتْ

عشر الدية كما مر (و) كذا الحكم (إن قطعها مع الكف ففيها) أى الأصابع مع الكف (نصف الدية) ، لأن الكف تبع للأصابع (و إن قطعها): أى الأصابع (مع نصف الساعد ففي الكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل) قال جمال الإسلام : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد؛ وعند أبى يوسف لا يجب فيها إلا أرش اليد والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبى والنسفى ، تصحيح (و) يجب (فى الإصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمى ، لأنها جزء من يده لكن لا منفعة فيها ولا زينة ، وكذا السن الزائدة ، جوهرة (و) كذا (فى عين الصبى وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته) : أى صحة ذلك العضو بنظر فى العين وحركة فى الذكر وكلام فى اللسان (حكومة عدل) : لأن منفعته غير معلومة (ومن شج رجلا موضحة فذهب) بسببها (عقله أو شعر رأسه) كله فلم ينبت (دخل أرش الموضحة فى الدية) ، لدخول الجزء فى الكل ، كمن قطع إصبعه فشلت اليد . قيدنا بالكل لأنه إذا تناثر بعضه ينظر إلى أرش الموضحة وإلى الحكومة فى الشعر ، فإن كانا سواء يجب أرش الموضحة ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر دخل الأقل فى الأكثر ، كما فى الجوهرة (وإن ذهب) بسببها (سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) ولا يدخل فيها ، لأنه كأعضاء مختلفة ، بخلاف العقل ، لعود نفعه للكل (ومن قطع إصبع رجل فشلت

أُخْرَى إِلَى جَنْبِهَا فَفِيهِمَا الْأَرْشُ وَلَا قِصَاصَ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حنيفة ، وَمَنْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَتْ مَكَانَهَا أُخْرَى سَقَطَ الْأَرْشُ ، وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَالْتَحَمَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ وَنَبَتَ الشَّعْرُ سَقَطَ الْأَرْشُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : عَلَيْهِ أَرْشُ الْأَلَمِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ ، وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ ،

أخرى إلى جنبها ففيهما الأرش ، ولا قصاص فيه عند أبي حنيفة) وعندهما عليه القصاص فى الأولى ، والأرش فى الأخرى ، قال الإسبيجابى : والصحيح قول أبي حنيفة ، وعليه مشى البرهانى والنسفى وغيرهما ، تصحيح (ومن قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش) لأن حقه قد انجبر بعود المنفعة والزينة (ومن شج رجلا فالتحمت) الشجة (ولم يبق لها أثر ونبت الشعر) كعادته (سقط الأرش عند أبي حنيفة) ؛ لزوال الشين الموجب له ؛ ولم يبق سوى مجرد الألم ؛ وهو لايوجب الأرش (وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم) وهى حكومة عدل ؛ هداية (وقال محمد: عليه أجرة الطبيب) وثمن الدواء ؛ لأنه إنما لزمه ذلك من فعله ؛ وفى الدر عن شرح الطحاوى: فسر قول أبي يوسف أرش الألم بأجرة الطبيب وثمن الدواء ؛ فعليه لا خلاف بينهما ، اه . وفى التصحيح : وعلى قول الإمام اعتمد الأئمة المحبوبى والنسفى وغيرهما ؛ لـكن قال فى العيون: لا يجب عليه شيء قياساً، وقالا: يستحسن أن تجب عليه حكومة عدل مثل أجرة الطبيب وثمن الدواء ؛ وهـكذا كل جراحة برئت، زجراً للجناية وجبراً للضرر ، اه .

(ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه) حالاً ؛ بل (حتى يبرأ) منه ؛ لأن

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطأً ، ثُمَّ قَتَلَهُ قَبلَ الْبُرْءِ ، فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ وَسقط أَرْشُ الْيَدِ .

وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ بِشُبْهَةٍ فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، وَكُلُّ أَرْش وَجَبَ بِالصُّلْحِ فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ .

وَإِذَا قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْداً فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ .

الجرح معتبر بما يؤول إليه ، لاحتمال السراية إلى النفس فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله) خطأ أيضا (قبل البرء) منها (فعليه الدية وسقط أرش اليد) ، لاتحاد جنس الجناية . وهذه ثمانية مسائل ؛ لأن القطع إما عمد أو خطأ ، والقتل كذلك ، فصارت أربعة ، ثم إما أن يكون بينهما برء أولا ، صارت ثمانية، فإن كان كل منهما عمدا وبرىء بينهما يقتص بالقطع ثم بالقتل ، وإن لم يبرأ فكذلك عند الإمام خلافاً لهما ، وإن كان كل منهما خطأ فإن برىء بينهما أخذ بهما : فيجب دية اليد والنفس، وإن لم يبرأ بينهما كفت دية القتل ، وهي مسألة الكتاب، وإن قطع عمداً ثم قتل خطأ أو بالعكس — سواء برىء بينهما أو لم يبرأ — أخذبهما؛ لاختلاف الجنايتين، وتمامه في صدر الشريعة.

(وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة) ككون القاتل أبا ، أو مَنْ له القصاص ولدا للجاني ، أو كان في القاتلين صغير ، أو عفا أحد الأولياء (فالدية في مال القاتل) في ثلاث سنين (وكل أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل) أيضا ، وتجب حالا ، لأنه استحق بالعقد ، وما يستحق بالعقد فهو حال إلا إذا اشترط فيه الأجل كأثمان المبيعات كما في الجوهرة .

(وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين) وكذا لو شاركه في قتله أجنبي فالدية عليهما ، وسقط عنه القصاص ، وإذا اشترك عامدان في قتل

وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي فَهِيَ فِي مَالِهِ ، وَلاَ يُصَدَّقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ

وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خَطأٌ ، وفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ .

وَمَنْ حَفَرَ بِئْراً فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ ، أَوْ وَضَعَ حَجَراً ، فَتَلِفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَإِنْ تَلِفَ فِيهِ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ ، وَإِنْ أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَناً أَوْ مِيزَاباً فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ،

رجل فعُفي عن أحدهما فالمشهور أن الآخر يجب عليه القصاص، وعن أبي يوسف لا قصاص عليه ، لأنه لما سقط عن أحدهما صار كأن جميع النفس مستوفاة بفعله ، كذا في الكرخي ، جوهرة (وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ، ولا يصدق على عاقلته) و يجب حالا ، لأنه التزمه بإقراره .

(وعمد الصبي والمجنون خطأ) ، لأنه ليس لهما قصد صحيح ؛ ولذا لم يأثما (و) يجب (فيه الدية على العاقلة) ولا يحرم الميراث ، لأنه العقوبة ، وهما ليسا من أهل العقوبة .

(ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجراً) أو خشبة أو ترابا (فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته) ، لوجوبها بتسببه (وإن تلف فيها بهيمة فضمانها في ماله) لأنه ضمان مال ، وضمان المال لا تحمله العاقلة (وإن أشرع) : أي أخرج (في الطريق روشنا) كظلة وجزع وممرّ علو (أو ميزابا) أو نحو ذلك (فسقط على إنسان فعطب) : أي هلك (فالدية على عاقلته) ، لوجوبها بتسببه ، وهذا إن أصابه الطرف الخارج ؛ أما لو أصابه الطرف الداخل الذي هو في حائطه فلا ضمان عليه ، لعدم تعديه ، لأنه موضوع في ملكه ، وإن أصابه

وَلاَ كَفَّارَةَ عَلَى حَافِرِ الْبِئْرِ وَوَاضِعِ الْحَجَرِ ، وَمَنْ حَفَرَ بِئْراً فِي مِلْكِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ ، وَالرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا وَطِئَتِ الدَّابَّةُ ، وَمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ كَدَمَتْ ، وَلاَ يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ ذَنَبِهَا ، فَإِنْ

الطرفان جميعا ضمن النصف ، و إن لم يعلم أى الطرفين أصابه فالقياس أن لا يضمن للشك ، وفى الاستحسان يضمن النصف كما فى الجوهرة ، ثم هو جائز إن لم يضر بالعامة ، ولكل واحد من أهل الخصومة مَنْعُه ومطالبته بنقضه إذا بنى لنفسه من غير إذن الإمام ، و إن بنى للمسلمين كمسجد ونحوه أو بإذن الإمام لا ينقض ، وأما إذا كان يضر بالعامة فلا يجوز مطلقاً ، والجلوس فى الطريق للبيع والشراء على هذا ، وهذا كله فى الطريق العام ، أما غير النافذ فلا يجوز إحداث شىء فيه مطلقاً إلا بإذنهم ، لأنه بمنزلة الملك الخاص بهم (ولا كفارة على حافر البئر وواضع الحجر) ، لأنها تتعلق بحقيقة القتل ، والمتسبب ليس بقاتل حقيقة ؛ لأنه قد يقع بعد موته ، و يستحيل أن يكون الميت قاتلا ، ولا يحرم الميراث ؛ لما بينا كما مر (ومن حفر بئراً فى ملكه فعطب بها إنسان لم يضمن) ؛ لأنه غير متعدٍّ فى فعله ؛ فلا يلزمه ضمان ما تولد منه .

(والراكب) فى طريق العامة (ضامن لما وطئت الدابة وما أصابت بيدها) أو رجلها أو صدمته برأسها (أو كدمت) : أى عَضَّتْ بفمها ؛ لإمكان التحرز عنه (ولا يضمن ما نفحت) : أى ضربت (برجلها أو ذنبها) والأصل : أن المرور فى طريق المسلمين مُبَاح ، لكنه مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ، دون مالا يمكن ؛ لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه ، والاحتراز عن الوطء وما يضاهيه ممكن ، فإنه ليس من ضرورات التسيير ، فقيد بشرط السلامة عنه ، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه فلم يتقيد به كما فى الهداية (فإن

رَاثَتْ أَوْ بَالَتْ فِى الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ ، وَالسَّائِـقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا ، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِها دُونَ رِجْلِهَا ، وَمَنْ قَادَ قِطاراً فَهُـوَ ضَامِنٌ لِمَا وَطِىءَ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ؛

راثت) الدابة (أو بالت فى الطريق) وهى تسير (فعطب به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير ؛ فلا يمكنه الاحتراز عنه ، وكذا إذا أوقفها لذلك ، لأن من الدواب مالا يفعل ذلك إلا بالإيقاف ، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن ؛ لأنه متعد فى هذا الإيقاف ، لأنه ليس من ضرورات السير ، هداية (والسائق) للدابة (ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد) لها (ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) قال الزاهدى فى شرحه وصاحب الهداية فيها وفى مجموع النوازل : هكذا ذكره القدورى فى مختصره ، وبذلك أخذ بعض المشايخ ، وأكثر المشايخ على أن السائق لا يضمن النفحة لأنه لا يمكنه دفعها عنها ، وإن كانت ترى منه، وهو الأصح ، تصحيح .وقال فى الهداية : وفى الجامع: وكل شىء ضمنه الراكب يضمنه السائق والقائد ،لأنهما متسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب ، إلا أن على الراكب الكفارة فيما وطئت ولا كفارة عليهما ،وتمامه فيها (ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما وطىء) ، لأن عليه حفظه كالسائق فيصير متعديا بالتقصير فيه ، والتسبب بوصف التعدى سبب الضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال فى ماله كما فى الهداية (فإن كان معه) : أى مع القائد (سائق فالضمان عليهما) لاشتراكهما فى ذلك ، لأن قائد الواحد قائد للكل ، وكذا السائق لاتصال الأزمَّة .

وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً خَطأً قِيلَ لِمَوْلاَهُ : إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيَهُ ، فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ ، وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا ، فَإِنْ عَادَ فَجَنَى كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْمَ الأُولَى ، فَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ قِيلَ لِلْمَوْلَى : إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا ، وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ،

(وإذا جنى العبد جناية خطأ) على حر أو عبد ، فى النفس أو ما دونها ، قلّ أرشُها أو كثر (قيل لمولاه) : أنت بالخيار (إما أن تدفعه بها) إلى ولى الجناية (أو تفديه) بأرشها حالا . قيد بالخطأ لأنه فى العمد يجب عليه القصاص ، وإنما يفيد فى النفس فقط ، وأما فيما دونها فلا يفيد ، لاستواء خطئه وعمده فيما دونها (فإن دفعه) مولاه بها (ملكه ولى الجناية) ولا شىء له غيره (وإن فداه فداه بأرشها) وكل ذلك يلزمه حالا ، أما الأول فلأن التأجيل فى الأعيان باطل ، وأما الثانى فلأنه جُعل بدلا عن العبد فقام مقامه وأخذ حكمه ،وأيهما اختاره وفعله لاشىء لولى الجناية سواه ، فإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه ، لفوات محل حقه ، وإن مات بعد مااختار الفداء لم يبرأ ، لتحول الحق إلى ذمة المولى كما فى الهداية (فإن عاد) العبد (فجنى) جناية أخرى بعد ما فداه المولى (كان حكم الجناية الثانية حكم الأولى) ، لأنه لما خرج من الجناية الأولى صار كأنه لم يجن غير الجناية الثانية (فإن جنى جنايتين) متواليتين : أى من غير تخلُّلِ فدائه (قيل للمولى) : أنت بالخيار (إما أن تدفعه إلى ولى الجنايتين يقتسمانه) بينهما (على قدر حقيهما) من أرش جنايتهما ، (وإما أن تفديه بأرش كل واحدة منهما) : أى الجنايتين ، لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ، ألا يرى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية برقبته ، فحق

وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى ، وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ، ضَمِنَ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا ، وَإِن بَاعَهُ الْمَوْلَى أَوْأَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الأَرْشُ ، وَإِذَا جَنَى الْمُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً خَطأً ضَمِنَ الْمَوْلَى الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا ، فَإِنْ جَنَى أُخْرَى وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيمَةَ إِلَى وَلِيِّ الأولى بِقَضَاء فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ وَيَتْبَعُ وَلِي

ولى الجناية الأولى أولى أن لا يمنع كما فى الهداية (وإن أعتقه المولى) أو باعه أو وهبه أو دبّره أو استولدها (وهو لايعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها) ، لأنه لما لم يعلم لم يكن مختاراً للفداء ، إذ لا اختيار بدون علم ، إلا أنه استهلك رقبة تعلق بها حق ولى الجناية فلزمه الضمان، وإنما لزمه الأقل لأن الأرش إن كان أقل فليس عليه سواه ، وإن كانت القيمة أقل لم يكن متلفاً سواها (وإن باعه المولى أو أعتقه) أو تصرف به تصرفا يمنعه عن الدفع مما ذكرنا قبله (بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) فقط ، لأنه لما تصرف به تصرفا منعه من الدفع بالجناية بعد علمه بها صار مختاراً للفداء لأن المخير بين شيئين إذا فعل مايمنع من اختيار أحدهما تعين الآخر عليه (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية) خطأ (ضمن المولى الأقل من قيمته) : أى المدبر أو أم الولد ، وذلك فى أم الولد ثلث قيمتها ، وفى المدبر الثلثان ، وتعتبر القيمة يوم الجناية لا يوم التدبير والاستيلاد (ومن أرشها): أى الجناية ؛ لأنه صار مانعاً بذلك للدفع من غير اختيار ، فصار كما لو أعتق العبد قبل العلم بالجناية (فإن جنى) المدبر أو أم الولد جناية (أخرى وقد) كان (دفع المولى القيمة إلى) الولى (الأول بقضاء) من القاضى (فلا شيء عليه) سواها ، لأنه لم يتلف إلا قيمة واحدة وقد أجبر على دفعها (و) لكن (يتبع ولى

الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى فَيُشَارِكُهُ فِيمَا أَخَذَ ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى دَفَعَ الْقِيمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى ، وإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى .

وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَنْقُضْ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ حَتَّى سَقَطَ ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ

الجناية الثانية ولى الجناية الأولى فيشاركه فيما أخذ) ، لأنه قبض ما تعلق به حقه ، فصار بمنزلة الوصى إذا دفع التركة إلى الغرماء ثم ظهر غريم آخر (وإن كان المولى دفع القيمة) إلى ولى الجناية الأولى (بغير قضاء فالولى) أى ولى الجناية الثانية (بالخيار : إن شاء اتبع المولى) ، لدفعه ما تعلق به حقه إلى الغير باختياره ثم يرجع المولى على الأول (وإن شاء اتبع ولى الجناية الأولى) لأنه قبض حقه ظلماً ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : لاشىء على المولى ؛ سواء دفع بقضاء أوبدونه لأنه دفع إلى الأول ولا حق للثانى ، فلم يكن متعديا بالدفع ، ولأبى حنيفة أن الجنايات استند ضمانها إلى التدبير الذى صار به المولى مانعاً ؛ فكأنه دبر بعد الجنايات، فيتعلق حق جماعتهم بالقيمة ، فإذا دفعها بقضاء فقد زالت يده عنها بغير اختياره ؛ فلا يلزمه ضمانها ، وإن دفعها بغير قضاء فقد سلم إلى الأول ما تعلق به حق الثانى باختياره ، فللثانى أن يُضَمِّن أيهما شاء .

(وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه) بذلك (فلم ينقض) الحائط (فى مدة يقدر) فيها (على نقضه حتى سقط) الحائط (ضمن ما تلف به من نفس أو مال) إلا أن ما تلف به من النفوس فعلى العاقلة ، ومن الأموال فعليه. قيد بالطلب لأنه لو لم يطالب حتى تلف إنسان أو مال لم يضمن،

وَيَسْتَوِى أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ ، وإِنْ مَالَ إِلىَ دَارِ رَجُلٍ ؛ فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً ، وَ إِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا ، فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الآخَرِ ، وإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ عَبْداً خَطأً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لاَ يُزَادُ عَلَى عَشَرَةِ

وهذا إذا كان بناؤه ابتداء مستويا ، لأنه بناه فى ملكه فلم يكن متعديا ، والميل حصل بغير فعله ، بخلاف ما إذا بناه مائلا من الابتداء ، فإنه يضمن ما تلف بسقوطه ، سواء طولب أم لا ، لتعديه بالبناء ، وقيد بصاحبه ـ أى مالكه ـ لأنه لو طولب غيره كالمرتهن والمستأجر والمستعير كان باطلا ، ولا يلزمهم شىء ؛ لأنهم لايملكون نقضه كما فى الجوهرة (و يستوى) فى الطلب (أن يطالبه بنقضه) أحد من أهل الخصومة (مسلم أو ذمى) أو مكاتب ، وكذا الصغير والرقيق المأذون لهما ؛ لاستوائهم فى حق المرور (و إن مال) الحائط (إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة) ؛ لأن الحق له خاصة ، و إن كان فيهم سكان فلهم أن يطالبوه ، سواء كانوا بإجارة أو إعارة .

(و إذا اصطدم فارسان) حُرَّان خطأ (فماتا) منه (فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) ؛ لأن قتل كل واحد منهما مضاف إلى فعل الآخر . قيدنا بالحرين لأنه لو كانا عبدين فهما هَدَر سواء كان خطأ أو عمداً ، أما الأول فلأن الجناية تعلقت برقبة كل منهما دفعاً وفداء ، وقد فات بغير فعل المولى ، وأما الثانى فلأن كل واحد منهما هلك بعد ما جَنَى فيسقط . وقيدنا بالخطأ لأنه لو كان عامدين ضمن كل واحد منهما نصف الدية ، لأن فعل كل واحد منهما محظور ، وأضيف التلف إلى فعلهما كما فى الاختيار .

(و إذا قتل رجل عبداً خطأً فعليه قيمته) لكن (لا يزاد) بها (على عشرة

آلَافِ دِرْهَمٍ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافٍ أَوْ أَكْثَرَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِعَشَرَةِ آلافٍ إِلا عَشَرَةً ، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إلا عَشَرَةً ، وَفِي يَدِ الْعَبْدِ نِصْفُ الْقِيمَةِ ، لا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلافٍ إِلاَّ خَمْسَةً .

آلاف درهم) ؛ لأنها جناية على آدمى فلا تزاد على دية الحر ؛ لأن المعانى التى فى العبد موجودة فى الحر ، وفى الحر زيادة الحرية ؛ فإذا لم يجب فيه أكثر فلأن لا يجب فى العبد مع نقصانه أولى .

(فإن كانت قيمته عشرة آلاف) درهم (فأكثر قضى عليه بعشرة آلاف إلا عشرة) إظهـارا لانحطاط رتبته (وفى الأمة إذا زادت قيمتها على الدية) أى دية المرأة الحرة (خمسة آلاف إلا عشرة) اعتباراً بالحرية ، فإن ديتها على النصف من الرجل ، وينقص العشرة إظهارا لانحاط الرق كما فى العبد ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : تجب القيمة بالغة ما بلغت ، قال فى التصحيح : وعلى قول أبى حنيفة ومحمد اعتمد الأئمة البرهانى والنسفى والموصلى وغيرهم ، وقال الزاهدى : وما وقع فى بعض نسخ المختصر « وفى الأمة خمسة آلاف إلا خمسة » غير ظاهر الرواية ، وفى عامة الأصول والشروح التى ظفرت بهـا « إلا عشرة » وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجب خمسة آلاف إلا خمسة ، والصحيح ما ذكرناه ، وفى الينابيع : والرواية المشهورة هى الأولى ، وهى الصحيحة فى النسخ ، اهـ .

(وفى يد العبد) إذا قطعت (نصف قيمته) لـكن (لا يزاد) فيها (على خمسة آلاف) درهم (إلا خمسة) ؛ لأن اليد من الآدمى نصفه ، فيعتبر بكله ؛ فينقص هذا القدر إظهاراً لانحطاط رتبته ، هداية ، لـكن قال فى التصحيح :

وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ .

وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِيناً مَيِّتاً فَعَلَيْهِ غُرَّةٌ ، وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ ، وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتاً ثُمَّ مَاتَتِ الْأُمُّ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَغُرَّةٌ ، وَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتاً فَعَلَيْهِ دِيَةٌ فِي الْأُمِّ ، وَلَا شَيْءَ فِي الْجَنِينِ ، وَمَا يَجِبُ فِي الْجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ ،

المذكور فى الكتاب رواية عن محمد ، والصحيح تجب القيمة بالغة ما بلغت ، اه

(وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد) فما وجب فيه فى الحر نصف الدية مثلا ففيه من العبد نصف القيمة ، وهكذا ؛ لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحر ، لأنه بدل الدم ، ثم الجناية فى العبد فيما دون النفس على الجانى فى ماله ، لأنه أجرىَ مجرى ضمان الأموال ، وفى النفس على العاقلة عند أبى حنيفة ومحمد ، خلافاً لأبى يوسف كما فى الجوهرة .

(وإذا ضرب) رجل (بطن امرأة فألقت جنيناً) حراً (ميتاً فعليه) : أى الضارب ، وتتحمله عاقلته (غرة) فى سنة واحدة (وهى نصف عشر الدية) : أى دية الرجل لو الجنين ذكراً ، وعشر دية المرأة لو أنثى ، وكل منهما خمسمائة درهم (فإن ألقته حياً ثم مات فعليه دية كاملة) ، لأنه أتلف حياً بالضرب السابق (وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية) للأم (وغرة) للجنين ، لما تقرر أن الفعل يتعدد بتعدد أثره ، وصرح فى الذخيرة بتعدد الغرة لو ميتين فأكثر كما فى الدر (وإن ماتت الأم) أولا (ثم ألقته ميتاً فعليه دية فى الأم) فقط (ولا شىء فى الجنين) ، لأن موت الأم سبب لموته ظاهراً فأحيل إليه ، وإن ألقته حياً ومات فعليه ديتان (وما يجب فى الجنين) من الغرة أو الدية (موروث عنه) لورثته ؛ لأنه بَدَلُ نفسه ، والبدل عن المقتول لورثته ، إلا أن الضارب إذا كان من

وَفِى جَنِينِ الْأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَراً نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا ، وَعُشْرُ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ أُنْثَى ، وَلاَ كَفَّارَةَ فِى الْجَنِينِ .

وَالْكَفَّارَةُ فِى شِبْهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأ : عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، وَلاَ يُجْزِىءُ فِيهَا الْإِطْعَامُ .

باب القسامة

الورثة لا يرث ، لأن القاتل لا يرث . قيد بالمرأة لأن فى جنين البهيمة ما نقصت الأم إن نقصت ، وإلا فلا يجب شىء ، وقيدنا بالحر لما ذكره بقوله (وفى جنين الأمة) حيث كان رقيقاً (إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً ، وعشر قيمته إن كان أنثى) ، لما مر أن دية الرقيق قيمته ، وإنما قلنا «حيث كان رقيقاً» لأنه لا يلزم من رقية الأم رقية الجنين ، فالعالق من السيد أو المغرور حر وفيه الغرة ، وإن كانت أمه رقيقة كما فى الدر عن الزيلعى (ولا كفارة فى الجنين) وجوبا ، بل ندبا ، در عن الزيلعى ، لأنها إنما تجب فى القتل ، والجنين لا تعلم حياته .

(والكفارة) الواجبة (فى شبه العمد والخطإ : عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى : « فتحرير رقبة مؤمنة » الآية (فإن لم يجد) ما يعتقه (فصيام شهرين متتابعين) بهذا ورد النص (ولا يجزىء فيها الإطعام) لأنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف ، وإثبات الأبدال بالرأى لا يجوز ، ويجزئه عتق رضيع أحَدُ أبويه مسلم ، لأنه مسلم به ، والظاهر سلامة أطرافه ، ولا يجزئه ما فى البطن ، لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته كما فى الهداية .

باب القسامه

هى لغة : بمعنى القسم ، وهو اليمين مطلقاً ، وشرعا : اليمين بعدد مخصوص

وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحِلَّةٍ وَلاَ يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ اسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلاً مِنْهُمْ يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ : بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلاً ؛ فَإِذَا حَلَفُوا قُضِيَ عَلَى أَهْــلِ الْمَحِلَّةِ بِالدِّيَةِ ، وَلاَ يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ ، وَلاَ يُقْضَى لَهُ بِالْجِنَايَةِ

وسبب مخصوص على وجه مخصوص ، كما بينه بقوله : (وإذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم) أى : من أهل المحلة (يتخيرهم الولى) ؛ لأن اليمين حقه ، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو الصالحين منهم لتباعدهم عن اليمين الكاذبة فيظهر القاتل (بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا) أى: يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا .

(فإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية) فى مالهم إن كانت الدعوى بالعمد، وعلى عواقلهم إن كان بالخطأ كما فى شرح المجمع مَعْزِيًّا للذخيرة والخانية ، ونقل ابن الكمال عن المبسوط أن فى ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة ، والدية على عواقلهم فى ثلاث سنين ، وكذا قيمة القِنِّ تؤخذ فى ثلاث سنين ، شرنبلالية كذا فى الدر .

(ولا يستحلف الولى) وإن كان من أهل المحلة ، لأنه غير مشروع (ولا يقضى له) أى للولى (بالجناية) بيمينه ، لأن اليمين شرعت للدفع ، لا للاستحقاق ، وإنما وجبت الدية بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم ، أو بتقصيرهم فى المحافظة كما فى قتل الخطأ والقسامة لم تشرع لتجب الدية إذا نكلوا، وإنما شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرون بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص، وثبتت الدية لئلا يهدر دمه، ثم من نكل منهم حبس حتى يحلف، لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية، بخلاف النكول

وَإِنْ لَمْ يَـكْمُلْ أَهْلُ الْمَحِلَّةِ كُرِّرَتِ الْأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى يَتِمَّ خَمْسُونَ ، وَلا يَدْخُلُ فِي الْقَسَامَةِ صَبِيٌّ وَلا مَجْنُونٌ وَلاَ امْرأَةٌ وَلاَ عَبْدٌ ، وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتٌ لاَ أَثَرَ بِهِ فَلاَ قَسَامَةَ وَلاَ دِيَةَ ، وَكَذٰلِكَ إِنْ كَانَ الدَّمُ يَسِيلُ مِنْ أَنفِهِ أَوْ مِنْ دُبُرِهِ أَوْ مِنْ فَمِهِ ، فَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ عَيْنَيْهِ أَوْ مِنْ أُذُنِهِ فَهُوَ قَتِيلٌ .

فى الأموال ، لأن الحلف فيها بَدَلٌ عن أصل حقه ، ولهذا يسقط ببذل المدعى به ، وهذا لا يسقط ببذل الدية ، كما هو فى الدرر (وإن لم يـكمل أهل المحلة) خمسين رجلا (كررت الأيمان عليهم حتى يتم خمسون) يمينا ؛ لأنها الواجبة بالسنة ، فيجب إتمامها ما أمـكن ، ولا يطالب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، فإن كان العدد كاملا فأراد الولىّ أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التـكرار ضرورة عدم الإكمال ، هداية

(ولا يدخل فى القسامة صبي ولا مجنون) ؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح ، (ولا امرأة ولا عبد) لأنهما ليسا من أهل النصرة، واليمين على أهلها .

(وإن وجد) في المحلة (ميت لا أثر به) من جراحة أو أثر ضرب أوخنق، (فلا قسامة) فيه (ولا دية) لأنه ليس بقتيل ، إذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب مباشرة الحى ، وهذا ميت حتف أنفه حيث لا أثر يستدل به على كونه قتيلا .

(وكذلك) الحـكم (إذا كان الدم يسيل من أنفه أو من دبره) أو قبله (أو من فمه) لأن الدم يخرج منها عادة بلا فعل أحد (وإن كان) الدم (يخرج من عينه أو من أذنه فهو قتيل) ، لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحي عادة

وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحِلَّةِ ، وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَلاَ يَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمُلاَّكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ ،

(وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل ف) القسامة عليه ، و (الدية على عاقلته دون أهل المحلة) لأنه فى يده ، فصار كما إذا كان فى داره ، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها ؛ فإن اجتمعوا فعليهم؛ لأن القتيل فى أيديهم، فصار كما إذا وجد فى دارهم هداية . وفى القهستانى : ثم من المشايخ من قال : إن هذا أعم من أن يكون للدابة مالك معروف أو لم يكن؛ ومنه إطلاق الكتاب، ومنهم من قال : إن كان لها مالك فعليه القسامة والدية ، ثم قال : وإنما قال : « يسوقها رجل » إشارة إلى أنه لو لم يكن معها أحد كانتا على أهل المحلة كما فى الذخيرة ، اه (وإن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه) ، لأن الدار فى يده (والدية على عاقلته) لأن نصرته منهم وقوته بهم .

(ولا يدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة) وهو قول محمد، وذلك لأن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ، لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم، وقال أبو يوسف: هى عليهم جميعاً ، لأن ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك (وهى) أى القسامة (على أهل الخطة) وهى : ما اختط للبناء ، والمراد ماخطّه الإمام حين فتح البلدة وقسمها بين الغانمين (دون المشترين) منهم ؛ لأن صاحب الخطة هو الأصيل ، والمشترى دخيل ، وولاية التدبير خلصت للأصيل ، فلا يزاحمهم الدخيل

وَلَوْ بَقِيَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ ، وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي سَفِينَةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالْمَلَّاحِينَ ، وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَسْجِدِ مَحِلَّةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا ، وَإِنْ وُجِدَ فِي الْجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ ، وَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدَرٌ وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا ،

(ولو بقى منهم) أى من أهل الخطة (واحد) لما قلنا ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد أيضاً ، وقال أبو يوسف : الكل مشتركون ، لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، و لولاية باعتبار الملك، وقد استروا فيه ، قال فى التصحيح : وعلى قول أبى حنيفة ومحمد مشى الأئمة منهم البرهانى والنسفى وغيرهما، اهـ ، وإن باعوا كلهم كانت على المشترين اتفاقاً ، لأن الولاية انتقلت إليهم ، لزوال من يتقدمهم كما فى الهداية .

(وإن وجد القتيل فى سفينة فالقسامة على من) كان (فيها من الركاب والملاحين) : لأنها فى أيديهم وكذا العجلة ، وذلك لأن كلا منهما يُنقَل ويحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة ، بخلاف المحلة والدار .

(وإن وجد القتيل فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها) ؛ لأن تدبيره عليهم ، لأنهم أخص به (وإن وجد فى) المسجد (الجامع أو الشارع) : أى الطريق (الأعظم فلا قسامة فيه) ، لأنه لا يختص به أحد دون غيره (والدية على بيت المال) ، لأنه مُعَدّ لنوائب المسلمين (وإن وجد فى برية ليس بقربها عمارة) بحيث يسمع منها الصوت (فهو هدر) ، لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره ، فلا يوصف بالتقصير، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد، فإن كانت مملوكة لأحد فالقسامة عليه

(وإن وجد بين قريتين كان) كل من القسامة والدية (على أقربهما) إليه ،

وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ فَهُوَ هَدَرٌ ، فَإِنْ كَانَ مُحْتَبِساً بِالشَّاطِئِ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ، وَإِنِ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحِلَّةِ بِعَيْنِهِ لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ ، وَإِنِ ادَّعَي عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمُ الْقَسَامَةُ ،

قال الهداية ، قيل : هذا محمول على ما إذا كانت بحيث يبلغ أهله الصوت ؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا ، اهـ .

(وإن وجد فى وسط) نهر (الفرات) ونحوه من الأنهار العظام التى ليست بمملوكة لأحد (يمر به الماء فهو هدر) ؛ لأنه ليس فى يد أحد ولا فى ملكه (فإن كان) القتيل (محتبسا بالشاطىء) : أى جانب النهر (فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) إذا كانوا يسمعون الصوت ، لأنهم أخص بنصرة هذا الموضع ، فهو كالموضوع على الشط ، والشط فى يد من هو أقرب إليه ، لأنه موردهم ومورد دوابهم . قيدنا بالنهر العظيم الذى لا ملك فيه ، لأن النهر المملوك الذى تستحق به الشفعة تكون فيه القسامة ، والدية على أهله ، لأنه فى أيديهم ، لقيام ملكهم كما فى الهداية .

(وإن ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) ، لأنه لم يتجاوزهم فى الدعوى ، وتعيينه واحدا منهم لا ينافى (وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) ، لدعواه أن القاتل ليس منهم ، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم ، لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأنهم لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم ، بل بدعوى الولى ، فإذا ادعى على غيرهم امتنع دعواه عليهم ، قال جمال الإسلام : وعن أبى حنيفة ومحمد أن القسامة تسقط فى الوجه الأول أيضاً ، والصحيح الأول ، تصحيح .

وَإِذا قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ « قَتَلَهُ فُلَانٌ » اسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ وَلاَ عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلاً غَيْرَ فُلان .

وَإِذا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحِلَّةِ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَهُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا .

كتاب المعاقل

الدِّيَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ وَالخطإِ ، وَكلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ عَلَى

(وإذا قال المستحلف) بالبناء للمجهول [١] (قتله فلان) لم يقبل قوله ، لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه . و (استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) ؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين ، فبقى حكم من سواه فيحلف عليه .

(وإذا شهد اثنان من أهل المحلة) التى وجد فيها القتيل (على رجل) منهم أو (من غيرهم أنه قتله لم تقبل شهادتهما) لوجود التهمة فى دفع القسامة والدية عنهما ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : تقبل ؛ لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقد بطلت بدعوى الولى القتل على غيرهم ، فتقبل شهادتهم ؛ كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ، قال جمال الإسلام فى شرحه : والصحيح قول الإمام ، وعليه اعتمد المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

كتاب المعاقل

جمع مَعْقُلة – بفتح الميم ، وضم القاف – بمعنى العقل : أى الدية ، سميت به لأنها تعقل الدماء من أن تسفك ، ومنه العقل ، لأنه يمنع القبائح ، درر .

(الدية فى شبه العمد والخطإ ، وكل دية وجبت بنفس القتل) واجبة (على

---

(١) يريد أنه اسم مفعول

الْعَاقِلَةِ، والْعاقِلَةُ : أهلُ الدِّيوَانِ إنْ كانَ الْقاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيوان ، يُؤْخَذ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ

العاقلة) لأن الخاطئ معذور ، وكذا الذى تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة ، وفى إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله ، فيضم إليه العاقلة تخفيفاً عليه ، وإنما خصوا بالضم لأنهم أنصاره وقوته ؛ واحترز بالواجبة بنفس القتل عما وجبت بالشبهة كالواجبة بقتل الأب ابنه أو الإقرار والصلح ، فإن هناك الواجب القصاص ، لكنه سقط لحرمة الأبوة فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر ، لا بنفس القتل ، وفى الإقرار والصلح وجبت بهما لا بالقتل كما فى المستصفى (والعاقلة أهل الديوان وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان ، وهو جريدة الحساب ؛ وهو معرب ، والأصل دِوّان فأبدل من أحد المضعفين ياء للتخفيف، ولهذا يرد فى الجمع إلى أصله ، فيقال : دواوين ، ويقال : إن عمر رضى الله عنه أول من دون الدواوين فى العرب : أى رتب الجرائد للعمال كما فى المصباح (إن كان القاتل من أهل الديوان) لقضية عمر رضى الله عنه ، فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم ، فكان إجماعا ، وليس ذلك بنسخ ، بل هو تقرير معنى ، لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت بأنواع : بالقرابة ، والحلف ، والولاء ، والعقد ، وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان ، فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ، ولهذا قالوا : لو كان اليوم قوم تناصُرُهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة كما فى الهداية (يؤخذ) ذلك (من عطاياهم) جمع عطاء ، وهو اسم لما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين ، والرزق : ما يخرج لهم فى كل شهر ، وقيل : يوما بيوم ، جوهرة ؛ لأن إيجابها فيما هو صلة — وهو العطاء — أولى من إيجابها فى أصول أموالهم ، لأنها أخف ، وما تحملت العاقلة إلا للتخفيف ، وتؤخذ (فى ثلاث سنين) من وقت القضاء بها ، والتقدير بذلك مروىٌّ عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ويحكى عن عمر

فإنْ خَرَجَتِ العطَايَا فِى أكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَقَلَّ أُخِذَتْ مِنْهَا ، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ ، تُقَسَّطُ عَلَيْهِمْ فِى ثَلَاثِ سِنِينَ ، لاَ يُزَادُ الوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِى كُلِّ سَنَةٍ وَيُنْقَصُ مِنْهَا ، فإنْ لَمْ تَتَّسِعِ القَبِيلَةُ لِذلِكَ ضُمَّ إلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ مِنْ غَيْرِهِمْ ؛ وَيَدْخُلُ القَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ ، فَيَكُونُ فِيما يُؤَدِّى مِثْلَ أَحَدِهِمْ ، وَعَاقِلَةُ المُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلاَهُ ، وَمَوْلَى المُوَالاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلاَهُ وَقَبِيلَتُهُ ،

رضى الله عنه ، هداية (فإن خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذت منها) ، لحصول المقصود ؛ وهو التفريق على العطايا (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) ؛ لأن نُصْرَته بهم (تقسّط عليهم) أيضاً (فى ثلاث سنين) فى كل سنة ثلثها (لا يزاد الواحد) منهم (على أربعة دراهم فى كل سنة) إذا قلت العاقلة (وينقص منها) إذا كثرت ، قال فى الهداية : وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نصّ محمد على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة ، فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة إلا درهم وثلث ، وهو الأصح . اهـ . ومثله فى شرح الزاهدى (فإن لم تتسع القبيلة لذلك) التوزيع (ضم إليهم أقرب القبائل) إليهم نسباً (من غيرهم) ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات (ويدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى مثل أحدهم) لأنه هو الفاعل ؛ فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره .

(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) ، لأن النصرة بهم ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « إن مولى القوم منهم » (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه) الذى والاه (وقبيلته) : أى قبيلة مولاه ، لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة .

وَلاَ تَتَحَمَّلُ الْعَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عشر الدِّيَةِ، وَتَتَحَمَّلُ نِصْفَ الْعُشْرِ فَصَاعِداً، وَمَا نَقَصَ مِنْ ذٰلِكَ فَهُوَ فِي مَالِ الْجَانِي ، وَلاَ تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلاَ تَعْقِلُ الْجِنَايَةَ الَّتِي اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي إلاَّ أَنْ يُصَدِّقُوهُ ، وَلاَ تَعْقِلُ مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ .

وَإِذا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ جِنَايَةً خَطأً كَانَتْ عَلَى عَاقِلَتِهِ .

(ولا تتحمل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) ، لأن تحمل العاقلة للتحرز عن الإجحاف بالجانى بتحمل المـال العظيم ، فإذا كان خفيفاً فلا إجحاف عليه بتحمله (وتتحمل نصف العشر فصاعداً) قال فى الهداية : والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرش الموضحة » وأرش الموضحة نصف عشر مال النفس ، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ، ولا إجحاف فى القليل ، وإنما هو فى الـكثير ؛ والتقدير الفاصل عرف بالسمع . اهـ (وما نقص من ذلك) : أى من نصف العشر (فهو فى مال الجانى) دون العاقلة ، لمـا بينا (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) على الحر أو عبد ، وإنما هى رقبته ، والمولى مخير بين دفعه بالجناية أو فدائه بأرشها كما مر (ولا تعقل الجناية التى اعترف بها الجانى) على نفسه ، لأن إقراره قاصر على نفسه ، فلا يتعدى إلى العاقلة (إلا أن يصدقوه) لثبوته بتصادقهم ، والامتناع كان لحقهم ، ولهم ولاية على أنفسهم (ولا تعقل) أيضاً (ما لزم بالصلح) عن دم العمد ، لأن الواجب فيه القصاص ، فإذا صالح عنه كان بدله فى ماله .

(وإذا جنى الحر على العبد جناية خطأ كانت) الدية (على عاقلته) : أى عاقلة الجانى ، لأنه فداء النفس ، وأما ما دون النفس من العبد فلا تتحمله العاقلة، لأنه يسلك به مسلك الأموال ، هداية .

كتاب الحدود

الزِّنَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ .
فَالبَيِّنَةُ : أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ بِالزِّنَا ،

وإذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى، درر وبزازية، وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله ، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل ؛ لأنه بدل متلف، والإتلاف منه ، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر ، فإذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل ،هداية

كتاب الحدود

وجه المناسبة بين الحدود والجنايات وتوابعها من القصاص وغيره ظاهر من حيث اشتمال كل منهما على المحظور والزاجر عنه .

والحدود : جمع حد ، وهو لغة : المنع ، ومنه الحداد للبواب ، وفي الشريعة هو : العقوبة المُقدَّرة حقاً لله تعالى، حتى لا يسمى القصاص حداً ، لما أنه حق العبد ، ولا التعزير لعدم التقدير . والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد ، والطهرة ليست فيه أصلية ، بدليل شرعه في حق الكافر كما في الهداية .

(الزنا يثبت بالبينة والإقرار) لأن البينة دليل ظاهر ، وكذا الإقرار، ولاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة، والوصول إلى العلم الحقيقي متعذر ، فيكتفى بالظاهر ، (فالبينة: أن تشهد أربعة من الشهود) لرجال الأحرار العدول في مجلس واحد (على رجل أو امرأة بالزنا) متعلق بتشهد، لأنه الدال على الفعل الحرام ، دون الوطء والجماع

فَيَسْأَلُهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ ؟ وَكَيْفَ هُوَ؟ وأَيْنَ زَنَى ؟ وَبِمَنْ زَنَى ؟ وَمَتَى زَنَى ؟ فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ وَقَالُوا : رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ ، وَسَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ ، فَعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ ، حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ .

وَالْإِقْرَارُ : أَنْ يُقِرَّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا ، أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ الْمُقِرِّ ، كُلَّمَا أَقَرَّ رَدَّهُ الْقَاضِي ،

أو غيره ، وإلا لم يحد الشاهد ولا المشهود عليه كما فى النهاية (فيسألهم الإمام) بعد الشهادة (عن الزنا ما هو) فإنه قد يطلق على كل وطء حرام ، وأطلقه الشارع على غير هذا الفعل نحو « العينان تزنيان » (وكيف هو) فإنه قد يطلق على مجرد تماس الفرجين وعلى ما يكون بالإكراه (وأين زنى) لاحتمال أنه فى دار الحرب (وبمن زنى) ؛ لاحتمال أنها ممن تحل له ؛ أو له فيها شبهة لا يعرفها الشهود (ومتى زنى) لاحتمال أن يكون متقادما ، وكل ذلك يسقط الحد ؛ فيستقصى ذلك احتيالا للدرء (فإذا بينوا ذلك) كله (وقالوا رأيناه وطئها) بذكره (فى فرجها) بحيث صار فيه (كالميل فى المكحلة) بضمتين ، أو القلم فى المحبرة (وسأل القاضى عنهم) : أى عن حالهم (فعدلوا فى السر والعلانية) ، فلا يكتفى بظاهر العدالة هنا اتفاقاً ، بخلاف سائر الحقوق كما فى الهداية (حكم بشهادتهم) وجوبا لتوجه الحكم عليه ، وترك الشهادة أولى مالم تتهتك فالشهادة أولى كما مر فى النهر .

(والإقرار : أن يقر البالغ العاقل) ؛ لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر (على نفسه بالزنا أربع مرات فى أربعة مجالس من مجالس المقر) لأن الإقرار قائم به ، فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضى ، قال فى الينابيع : وقال بعضهم : يعتبر مجلس القاضى ، والأول أصح (كلما أقر) مرة (رده القاضى) وزجره عن

فَإِذَا تَمَّ إِقْرَارُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ الْإِمَامُ عَنِ الزِّنَا : مَا هُوَ ؟ وَكَيْفَ هُوَ ؟ وَأَيْنَ زَنَى ؟ وَبِمَنْ زَنَى ؟ فَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ

فَإِنْ كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا رَجَمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ ، يُخْرِجُهُ إِلَى أَرْضٍ فَضَاءٍ ، يَبْتَدِىءُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ ، ثُمَّ الْإِمَامُ ، ثُمَّ النَّاسُ ، فَإِنِ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنَ الْابْتِدَاءِ سَقَطَ الْحَدُّ

إقراره ، وأظهر كراهته لذلك ، وأمر بتنحيته عنه وطرده بحيث لا يراه ، فإن عاد ثالثاً فعل به كذلك (فإذا تم إقراره أربع مرات) على ما بينا (سأله القاضي عن الزنا : ما هو ؟ وكيف هو ؟ وأين زنى ؟ وبمن زنى ؟) كما فى الشهود ، للاحتمالات المارة ، قال فى الهداية : ولم يذكر السؤال عن الزمان وذكره فى الشهادة ؛ لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار ، وقيل : لو سأله جاز ، لجواز أنه زنى فى صباه ، اهـ (فإذا بين ذلك) كله (لزمه الحد) لتمام الحجة .

(فإن كان الزانى محصناً رجمه) : أى أمر الإمام برجمه (بالحجارة حتى يموت) كما فعله صلى الله عليه وسلم (يخرجه إلى أرض فضاء) لأنه أمكن لرجمه ؛ ولئلا يصيب بعضهم بعضاً ، ولذا قالوا : يصفون لرجمه كصفوف الصلاة ، وكلما رجم صف تنحوا وتقدم آخر ، ولا يحفر للرجل ولا يربط ، وأما المرأة فإن شاء الإمام حفر لها لأنه أستر مخافة التكشف ، وإن شاء أقامها من غير حفر كالرجل ؛ لأنه يتوقع منها الرجوع بالهرب كما فى الجوهرة (يبتدىء الشهود برجمه) إن كان ثبوته بالبينة ، امتحاناً لهم ، لأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ، ثم يستعظم المباشرة فيرجع ، فكان فى بدايته احتيال للدرء ، (ثم الإمام) إن حضر تعظيما له ، وحضوره ليس بلازم كما فى الإيضاح (ثم الناس) الذين عاينوا أداء الشهادة أو أذن لهم القاضى بالرجم ، وعن محمد : لا يسعهم أن يرجموه إذا لم يعاينوا أداء الشهادة ، قهستانى (فإن امتنع الشهود من الابتداء) برجمه (سقط الحد) لأنه دلالة

وَإِنْ كانَ مُقِرًّا ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ، وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلْدَةٍ، يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا تُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ إِلاَّ رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ

الرجوع، وكذا إذا غابوا أو ماتوا فى ظاهر الرواية؛ لفوات الشرط، هداية.

(وإن كان) الذى أريد رجمه (مقراً) على نفسه (ابتدأ الإمام ثم الناس) قال فى الدر: ومقتضاه أنه لو امتنع لم يحل للقوم رجمه، وإن أمرهم، لفوت شرطه، فتح، لكن سيجىء أنه لو قال قاضٍ عدل «قضيت على هذا بالرجم» وسعك رجمه وإن لم تعاين الحجة، اهـ. (ويغسل) المرجوم (ويكفن ويصلى عليه) لأنه قتل بحق، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً، وصح أنه صلى الله عليه وسلم صلى على الغامدية كما فى الدر.

(وإن لم يكن) الزانى (محصناً، وكان حراً فحده مائة جلدة)، لقوله تعالى: «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» إلا أنه انتسخ فى حق المحصن، فبقى فى حق غيره معمولا به، هداية (يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له) أى لا عُقَدَ فى طرفه كما فى الصحاح (ضرباً متوسطاً) بين المبرح وغير المؤلم، لإفضاء الأول إلى الهلاك، وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار، و(تنزع عنه ثيابه) دون الإزار لستر عورته (ويفرق الضرب على أعضائه)، لأن الجمع فى عضو واحد قد يُفضِى إلى التلف (إلا رأسه) لأنه مجمع الحواس (ووجهه) لأنه مجمع المحاسن فلا يشوه (وفرجه) لأنه مقتل، قال فى الهداية: ويضرب فى الحدود كلها قائما غير ممدود، لأن مبنى إقامة الحد على التشهير، والقيام أبلغ فيه، ثم قوله «غير ممدود» فقد قيل: المد أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل فى زماننا، وقيل: أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه،

وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ كَذَلِكَ .

فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، أَوْ فِي وَسَطِهِ ، قُبِلَ رُجُوعُهُ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ .

وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلَقِّنَ الْمُقِرَّ الرُّجُوعَ، وَيَقُولُ لَهُ : لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَّلْتَ .

وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ ، غَيْرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تُنْزَعُ عَنْهَا ثِيَابُهَا إِلَّا الْفَرْوَ وَالْحَشْوَ .

وقيل : أن يمده بعد الضرب ، وذلك كله لا يفعل ؛ لأنه زيادة على المستحق .اهـ

(وإن كان عبداً جلده خمسين) جلدة (كذلك) أى كما مر فى جلد الحر ؛ لأن الرق منصف للنعمة ومنقص للعقوبة .

(فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد عليه أو فى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) ؛ لأن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار ، وليس أحد يكذبه ، فتحقق الشبهة فى الإقرار ، بخلاف ما فيه حق العبد كالقصاص وحد القذف ، لوجود من يكذبه ، ولا كذلك خالص حق الشرع ، هداية .

(ويستحب الامام أن يلقن المقر الرجوع) عن إقراره (ويقول له : لعلك لمست أو قبلت) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لماعز : « لعلك لمستها ، أو قبلتها » قال فى الأصل : وينبغى أن يقول له الإمام : لعلك تزوجتها ، أو وطئتها بشبهة ، وهذا قريب من الأول ، هداية .

(والرجل والمرأة فى ذلك سواء) ، لأن النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا تنزع عنها ثيابها) تحرزاً عن كشف العورة لأنها عورة (إلا الفرو والحشو)

وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَازَ .

وَلاَ يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلاَّ بِإِذْنِ الْإِمَامِ .

وَإِذَا رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ بَعْدَ الْحُكْمِ وَقَبْلَ الرَّجْمِ ضُرِبُوا الْحَدَّ وَسَقَطَ الرَّجْمُ ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الرَّجْمِ حُدَّ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ وَضَمِنَ رُبْعَ الدِّيَةِ ، وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا .

لأنهما يمنعان وصول الألم إلى المضروب ، والستر حاصل بدونهما ، وتضرب الحدَّ جالسة لأنه أستر لها (وإن حفر لها فى الرجم جاز) وهو أحسن ، لأنه أستر لها ، وإن تركه لا يضر ، لأنها مستورة بثيابها كما فى الهداية .

(ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) ، لأن الحد حق الله تعالى ، لأن المقصد منه إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد ، فيستوفيه من هو نائب عن الشرع ، وهو الإمام أو نائبه كما فى الهداية .

(وإذا رجع أحد الشهود بعد الحكم وقبل الرجم ضربوا) أى الشهود كلهم الراجع والباقى (الحد) أى حد القذف ، لصيرورتهم قَذَفَة بنقصان العدد قبل إقامة الحد كما قبل الحكم (وسقط الرجم) عن المحكوم عليه ، لنقصان العدد قبل إقامة الحد ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : يحد الراجع فقط ، وعلى قولهما اعتمد الأئمة ، تصحيح (فإن رجع) أحدهم (بعد الرجم حد الراجع وحده) ، لأن الشهادة تأكدت بإقامة الحد ، والراجع صار قاذفا فى الحال بالشهادة السابقة (وضمن ربع الدية) ، لأن ربع النفس تلف بشهادته .

(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لأنهم قذفة .

وَشَرْطُ إِحْصَانِ الرَّجْمِ : أن يكُونَ حُرًّا ، بَالِغاً ، عَاقِلاً ، مُسْلِماً ، قدْ تزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحاً صَحِيحاً ، وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ .

وَلا يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ ، وَلاَ يُجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ والنَّفْي ، إلاَّ أَنْ يَرَى الإِمَامُ ذَلِكَ مَصْلَحَةً فَيُغَرِّبُهُ

(و) شرط (الإحصان : أن يكون حرا ، بالغاً ، عاقلا ، مسلماً ، قد تزوج امرأة نكاحا صحيحاً ودخل بها وهما) أي الزوجان (على صفة الإحصان) قال في الهداية : فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة ؛ إذ لا خطاب دونهما ، وما ورا هما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة ، إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها ، وهذه الأشياء من جلائل النعم ، وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به ، ثم قال : والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل ، وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا ، وكذا إذا كان الزوج موصوفا بإحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة ، وتمامه فيها .

(ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم) ، لأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم ، لأن زجر غيره يحصل بالرجم ، إذ هو في العقوبة أقصاها ، وزجره لا يحصل بعد هلاكه (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) ، لأنه زيادة على النص ، والحديث منسوخ كشطره ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » [1] كما في الهداية (إلا أن يرى الإمام ذلك مصلحة فيغربه

---

(١) هذا الذي ذكره الشارح هو جزء من حديث رواه مسلم وأبو داود والترمذي عن عبادة بن الصامت ، وهو بتمامه : « خذوا عني ، فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر =

عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ .

على قدر ما يراه) من المصلحة ، وذلك تعزير وسياسة ، لأنه قد يفيد فى بعض الأحوال ، فيكون الرأى فيه للامام ، وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة رضى الله عنهم ، هداية .

= جلد مائة وتغريب عام . والثيب بالثيب جلد مائة ورمى بالحجارة » والمراد بالبكر غير المحصن لأن من شرط الإحصان التزوج كما عرفت ، والمراد بالثيب المحصن ، وقد تضمن الحديث مسألتين : أولاهما أن حد الرجل المحصن والمرأة المحصنة أن يجلد كل واحد منهما مائة جلدة ثم يرجم ، وقد أجمع الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد فى أشهر الروايات عنه أن حكم هذا الحديث فى هذه المسألة منسوخ بما تظافرت رواياته من الأحاديث الناطقة بأنه صلى الله عليه وسلم لم يجمع على المحصن والمحصنة بين الجلد والرجم ؛ فقد روى أهل الحديث أنه رجم ماعزا والغامدية ولم يجلدهما ، ورووا أنه عليه الصلاة والسلام أمر فى العسيف — بعد أن سأله عن الإحصان ولقنه الرجوع — برجمه فقال : اذهبوا به فارجموه » ولم يزد فى صاحبته على ذلك حيث قال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولو كان الجلد واجبا لقال « فإن اعترفت فاجلدها ثم ارجمها » وذهب أهل الظاهر إلى أنه يجمع بين الجلد والرجم فى الثيب وهى رواية عن أحمد بن حنبل ، وهم محجوجون بما ذكرنا . وأما المسألة الثانية التى تضمنها الحديث فهى أن حد الرجل غير المحصن والمرأة غير المحصنة أن يجلد كل واحد منهما مائة جلدة ويغرب عاما ، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة ، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجمع بين الجلد والتغريب حدا ، وذهب الشافعى وأحمد والثورى والأوزاعى إلى أنه يجمع بينهما حدا ، تمسكا بهذا الحديث . ولأن فى بقاء الزانى والزانية ببلدهما إشاعة للفاحشة وفى تغريبهما حسما لمادة الزنا ، لأن كلا منهما يغرب إلى بلد لا يعرفه فيها أحد أو يقل من يعرفه فيها وأما أبو حنيفة وأصحابه فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بالآية الكريمة : وهى قول الله تعالى : (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وجه الاستدلال من الآية على ما ذكرنا أنه سبحانه قد جعل كل الحد جلد كل واحد منها مائة جلدة ، فلا تجوز الزيادة عليه ، وأما الحديث الذى تمسك به الشافعى فهو منسوخ الحكم فى هذه المسألة كما أنه منسوخ الحكم فى المسألة الأولى بالإجماع من الطرفين ، وأما استدلالهم بما ذكرنا عنهم من العلة فهو معارض بأن التغريب قد يكون فتحا لباب الزنا ، وذلك لأن المرأة إذا تغربت ولا مادة لها فقد تتخذ الزنا مكسبة ، وهذا أشنع وجوه الزنا ، ويؤكد ذلك قول على ابن أبى طالب : كفى بالنفى فتنة .

وَإِذَا زَنَى الْمَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجْمُ رُجِمَ، وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الْجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ ، وَإِذَا زَنَتِ الْحَامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ، فَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجَلْدَ فَحَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نِفَاسِهَا ، وَإِذَا كَانَ حَدُّهَا الرَّجْمَ رُجِمَتْ .

وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ لَمْ يَقْطَعْهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الْإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ، إِلَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً .

(وإذا زنى المريض وحدُّه) الواجب عليه (الرجم رجم) لأن الإتلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض (وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) تحرزاً عن التلف (وإذا زنت الحامل) ووجب عليها الحد (لم تحد حتى تضع حملها) تحرزاً عن إهلاك الولد ؛ لأنه نفس محترمة (فإن كان حدها الجلد فحتى تتعالى) أى ترتفع وتخرج (من نفاسها) ؛ لأنه نوع مرض فيؤخر إلى البرء (وإن كان حدها الرجم رجمت) بمجرد وضع الحمل ، لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل ، وعن أبى حنيفة أنها تؤخر إلى أن يستغنى الولد عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته ، لأن فى التأخير صيانة الولد عن الضياع كما فى الهداية .

(وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقطعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام) أو مرضهم أو خوف طريقهم (لم تقبل شهادتهم) للتهمة ، لأن التأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان لغير الستر يصير فاسقاً آثماً فتيقنا بالمانع (إلا فى حد القذف خاصة) : أى فتقبل ؛ لأن فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ، قال فى الهداية : واختلفوا فى حد التقادم ، وأشار فى الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال : بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوى ، وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك ،

وَمَنْ وَطِىءَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دونَ الْفَرْجِ عُزِّرَ .

وَلا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِىءَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، وَ إِن قَالَ « عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ » ، وَإِذا وَطِىءَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ ، أَوْ وَطِىءَ الْعَبْدُ جَارِيَةَ مَوْلاَهُ ، وَقَالَ « عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ » حُدَّ ، وَ إِنْ قَالَ « ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي » لَمْ يُحَدَّ .

وَمَنْ وَطِىءَ جَارِيَةَ أَخِيهِ ، أَوْ عَمِّهِ ، وَقَالَ « ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَـلاَلٌ » حُـدَّ ،

وفوضه إلى رأى القاضى فى كل عصر ، وعن محمد أنه قدره بشهر ، لأن مادونه عاجل وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو الأصح ، اه ، وقال قاضيخان: والشهر وما فوقه متقادم فيمنع قبول الشهادة ، وعليه الاعتماد ، اه .

(ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج) كتفخيذ وتبطين (عزر) ، لأنه منكر ليس فيه شىء مقدر ، وشمل قوله « فيما دون الفرج » الدبر ، وهو قول الإمام ، لأنه ليس بزنا كما يأتى قريباً .

(ولا حد على من وطىء جارية ولده وولد ولده) و إن سفل، ولو ولده حيا ، فتح (و إن قال علمت أنها على حرام) لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل هو قوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » والأبوة قائمة فى حق الجد. هداية (و إذا وطىء جارية أبيه أو أمه) و إن عَلَيَا (أو زوجته أو وطىء العبد جارية مولاه وقال علمت أنها تحل لى لم يحد) لأن بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع ، فظنه فى الاستمتاع محتمل ، فكان شبهة اشتباه ، وكذا لو قالت الجارية «ظننت أنه يحل لى» والفحل لم يدّع الحل ، لأن الفعل واحد كما فى الجوهرة (ومن وطىء جارية أخيه أو عمه قال ظننت أنها حلال حد) لأنه لا انبساط فى المال فيما بينهما ، وكذا سائر المحارم سوى

وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وَقَالَتِ النِّسَاءُ « إِنَّهَا زَوْجَتُكَ » فَوَطِئَهَا ، فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ .

وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لاَ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ

الولاد لما بينا ، هداية (ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها فلا حد عليه) لأنه اعتمد دليلا — وهو الإخبار — فى موضع الاشتباه ، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها فى أول الوهلة ، فصار كالمغرور (وعليه المهر) ؛ لما تقرر أن الوطء فى دار الإسلام لا يخلو عن عَقْر أو عُقْر ، وقد سقط الحد بالشبهة فيجب المهر (ومن وجد امرأة) نائمة (على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة ، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل ، وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها ، وكذا إذا كان أعمى ، لأنه يمكنه التمييز بالسؤال أو غيره ، إلا إذا دعاها فأجابته وقالت « أنا زوجتك » لأن الإخبار دليل هداية . (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد) ، لشبهة العقد ، قال الإسبيجابى : وهذا قول أبى حنيفة وزفر ، وقال أبو يوسف ومحمد إذا تزوج محرمة وعلم أنها حرام فليس ذلك بشبهة ، وعليه الحد إذا وطىء ، وإن كان لا يعلم فلا حد عليه ، والصحيح قول أبى حنيفة وزفر ، وعليه مشى النسفى والمحبوبى وغيرهما ، تصحيح .

(ومن أتى امرأة فى الموضع المكروه) : أى الدبر (أو عمل عمل قوم لوط) أى أتى ذكراً فى دبره (فلا حد عليه عند أبى حنيفة ، ويعزر) زاد فى الجامع الصغير:

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمدٌ : هُوَ كَالزِّنَا ، وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، ومَنْ زَنَى فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا لَمْ نُقِمْ عَلَيْهِ الْحَدَّ .

بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ

وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودٌ

ويودع في السجن اهـ ، لأنه ليس بزنا ، لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الإحراق بالنار ، وهدم الجدار ، والتنكيس من مكان مرتفع، وإتباع الأحجار وغير ذلك ، ولاهو في معنى الزنا ، لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب ، إلا أنه يعزر ، لأنه أمر منكر ليس فيه شيء مقدر (وقال أبو يوسف ومحمد : هو كالزنا) لأنه في معنى الزنا ، قال جمال الإسلام في شرحه : الصحيح قول أبي حنيفة وعليه مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح .

(ومن وطيء بهيمة) له أو غيره (فلا حدّ عليه) ، لأنه ليس في معنى الزنا إلا أنه يعزر ، لأنه منكر كما مر ، قال في الهداية : والذي يروى أنها تذبح وتحرق فذلك لقطع التحدث ، وليس بواجب ، اهـ .

(ومن زنى في دار الحرب أودار البغي ثم خرج إلينا لم نقم عليه الحد) ، لأن المقصود هو الانزجار ، وولاية الإمام منقطعة فيها فيعرى عن الفائدة ، ولا تقام بعد ماخرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ، ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لأنه تحت أمره ، بخلاف أمير العسكر والسرية ، لأنه لم يفوض إليهم الإقامة كما في الهداية .

باب حد الشرب المحرم

(ومن شرب الخمر)طوعاً، ولو قطرة (فأخذور يحهاموجود) أو جاءوا به سكران

فَشَهِدَ الشُّهُودُ بِذَلِكَ عَلَيْهِ أَوْ أَقَرَّ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لَمْ يُحَدَّ ، وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ حُدَّ ، وَلاَ حَدَّ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا ، وَلاَ يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعاً

(فشهد الشهود بذلك عليه أو أقر) به (فعليه الحد) سواء سكر أم لا ، لأن جناية الشرب قد ظهرت ، ولم يتقادم العهد (وإن أقر) بذلك (بعد ذهاب ريحها لم يحد) عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يحد ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ماذهب ريحها ، إلا أن يتقادم الزمان كما في الزنا ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير أنه مقدّر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا ، وعندهما بزوال الرائحة . وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عنده كما في حد الزنا ، وعندهما لا يقام إلا عند قيام الرائحة ، قال الإسبيجابي والصحيح قولهما ، واعتمده المحبوبي والنسفي ، تصحيح . وإن أخذهُ الشهود وريحها يوجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً ، لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا ، هداية .

(ومن سكر من النبيذ) أيّ نبيذ كان (حد) قيد بالسكر من النبيذ لأنه لا يحد بشرب به إذا لم يسكر اتفاقا ، وإن اختلف في الحل والحرمة في شرب دون المسكر إذا كان كثيره يسكر ، للشبهة . والسكران عند أبي حنيفة : من لا يعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء ، وقالا : هو الذي يخلط كلامه ويهذي ، لأنه هو المتعارف بين الناس ، وهو اختيار أكثر المشايخ كما في الاختيار ، وقال قاضيخان : والفتوى على قولهما ، اهـ .

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) ، لأن الرائحة محتملة ، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار (ولا يحد السكران) بمجرد وجدانه سكران بل (حتى يعلم أنه سكر من النبيذ) أو الخمر (وشرب به طوعا) لاحتمال سكره

وَلاَ يُحَدّ حَتّى يَزُولَ عَنْهُ السّكْرُ .

وَحَدُّ الخَمْرِ وَالسُّكْرِ ، فِي الحُرّ ثَمَانُونَ سَوْطاً ، يُفَرّقُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الزِّنَا ، وَإِنْ كَانَ عَبْداً فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوْطاً .

وَمَنْ أَقَرّ بِشُرْبِ الخَمْرِ أَو السّكْرِ ثُمّ رَجَعَ لَمْ يُحَدّ .

وَيَثْبُتُ الشّرْبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ ، وَبِإِقْرَارِهِ مَرّةً وَاحِدَةً ، وَلاَ تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ .

بما لا يوجب الحد كالبنج وابن الرماك [١] والشرب مكرها أو مضطراً .

(ولا يحد) السكران حال سكره ؛ بل (حتى يزول عنه السكر) ، تحصيلا للمقصود — وهو الانزجار — بوجدان الألم ، والسكران زائل العقل كالمجنون لا يعقل الألم .

(وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً) : لإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم (يفرق) ذلك (على بدنه كما ذكرنا في) حد (الزنا ، وإن كان) الشارب (عبداً فحده أربعون سوطاً) ؛ لأن الرق منصف على ما عرف .

(ومن أقر) على نفسه (بشرب الخمر أو السكر ثم رجع لم يحد) لأنه خالص حق الله تعالى ، فيقبل فيه الرجوع ، كما مر في حد الزنا .

(ويثبت الشرب بشهادة شاهدين) كسائر الحدود سوى الزنا لثبوته بالنص (وبإقراره مرة واحدة) قال الإسبيجابي : هو قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف وزفر : يشترط الإقرار مرتين ، والصحيح قول الإمام ، واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما ، تصحيح (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لأنه حد ، ولا مدخل لشهادة النساء في الحدود ، جوهرة .

---

(١) الرماك : جمع رمكة — بوزن قصبة — وهي الفرس أو البرذونة تتخذ للنسل

باب حد القذف

إذا قَذَفَ رَجُلٌ رَجُلاً مُحْصَناً أَوِ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا ، وَطَالَبَ الْمَقْذُوفُ بِالْحَدِّ حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطاً إِنْ كَانَ حُرًّا يُفَرِّقُ عَلَى أَعْضَائِهِ ، وَلاَ يُجَرَّدُ عَنْ ثِيَابِهِ ، غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الْفَرْوُ وَالْحَشْوُ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ أَرْبَعِينَ .

وَالْإِحْصَانُ : أَنْ يَكُونَ الْمَقْذُوفُ حُرًّا ، عَاقِلاً ، بَالِغاً

باب حد القذف

هو لغة : الرمى ، وشرعا : الرمى بالزنا ، وهو من الكبائر بالإجماع ؛ فتح .

(إذا قذف رجل) أو امرأة (رجلا محصناً أو امرأة محصنة) بصريح الزنا كزنيت أو يازانية (وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان) القاذف (حراً) لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » والمراد الرمى بالزنا بالإجماع . هداية . قيد بمطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار عنه ، وبإحصانه لما تلونا ، و بالحر لأن العبد على النصف كما يأتى (يفرق) ذلك الضرب (على أعضائه) كما سبق (ولا يجرد من ثيابه) ؛ لأنه أخف الحدود ، لأن سببه غير مقطوع به ، لاحتمال صدقه (غير أنه ينزع عنه الحشو والفرو) لأنه يمنع إيصال الألم إليه (وإن كان) القاذف (عبدا جلده) الحاكم (أربعين سوطا) لمكان الرق كما سبق .

ولما كان معنى الإحصان هنا مغايراً لمعنى الإحصان فى الزنا فسره بقوله : (والإحصان أن يكون المقذوف حراً) لإطلاق اسم الإحصان عليه فى قوله تعالى : « فعليهن نصف ما على المحصنات » أى الحرائر (عاقلا بالغا) لأن المجنون والصبى

مُسْلِماً ، عَفِيفاً عَنْ فِعْلِ الزِنَا .

وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ « لَسْتَ لِأَبِيكَ » ، أَوْ « يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ » وأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ وطَالَبَ الابْنُ بِالْحَدِّ حُدَّ الْقَاذِفُ ، ولاَ يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلاَّ مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْذُوفُ مُحْصَناً جَازَ لِابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ .

لا يلحقهما عار ، لعدم تحقق فعل الزنا منهما (مسلماً) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أشرك بالله فليس بمحصن» (عفيفاً عن فعل الزنا) لأن غير العفيف لا يلحقه العار ، والقاذف صادق فيه .

(ومن نفى نسب غيره فقال : لست) بابن (لأبيك) فإنه يحد ، وهذا إذا كانت أمه محصنة ، لأنه فى الحقيقة قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفى عن الزانى لا عن غيره (أو) قال له (يا ابن الزانية ، وأمه ميتة محصنة ، وطالب الابن بالحد ، حد القاذف) لأنه قذف محصنة بعد موتها ، فلكل من يقع القدح فى نسبه المطالبة ، كما صرح به بقوله :

(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح فى نسبه بقذفه) وهو الوالد والولد: أى الأصول والفروع ، لأن العار يلتحق بهم، لمكان الجزئية، فيكون القذف متناولا لهم معنى ، قيد بموت الأم لأنها إذا كانت حية فالمطالبة لها ، وكذا لو كانت غائبة لجواز أن تصدقه، والتقييد بالأم اتفاقى، فإنه لو قذف رجلا ميتا فلأصله وفرعه المطالبة ، ولذا أطلقه فيما بعده حيث قال: «ولا يطالب بحد القذف للميت إلخ»

(وإذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه) ولو غير محصن كابنه (الكافر أو العبد أن يطالب بالحد) ، لأنه عيره بقذف محصن ، وهو من أهل الاستحقاق ، لأن عدم الإحصان لا ينافى أهلية الاستحقاق .

وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ .

وَإِنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ .

وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ « يَا نَبَطِيُّ » لَمْ يُحَدَّ ، وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ « يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ » فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ ، وَإِذَا نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ أَوْ خَالِهِ أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ .

(وليس للعبد أن يطالب مولاه) ولا للابن أن يطالب أباه (بقذف أمه الحرة) المحصنة ، لأن المولى لا يعاقَبُ بسبب عبده ، وكذا الأب بسبب ابنه ، ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده .

(وإن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) ، لأن للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع، بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى ، لأنه لا مكذب له فيه .

(ومن قال لعربي يانبطي) نسبة إلى النبط — بفتحتين — جيل من العرب ينزلون البطائح في سواد العراق (لم يحد) لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة ، وكذا إذا قال « لست بعربي » لما قلنا ، هداية (ومن قال لرجل ياابن ماء السماء فليس بقاذف) لأنه يحتمل المدح بحسن الخلق والكرم والصفاء ، لأن ابن ماء السماء لقب لجد النعمان بن المنذر، لقب به لصفائه وسخائه كما في الجوهرة(وإذا نسبه إلى عمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف) لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا : أما الأول فلقوله تعالى: «وإلهَ آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق» وإسماعيل كان عما له، والثاني بقوله صلى الله عليه وسلم : «الخال أب» والثالث للتربية، هداية

وَمَنْ وَطِىءَ وَطْئاً حَرَاماً فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ ، وَالْمُلاَعَنَةُ بِوَلَدٍ لاَ يُحَدُّ قَاذِفُهَا .

وَمَنْ قَذَفَ عَبْداً أَوْ أَمَةً أَوْ كَافِراً بِالزِّنَا ، أَوْ قَذَفَ مُسْلِماً بِغَيْرِ الزِّنَا ، فَقَالَ : يَا فَاسِقُ ، أَوْ يَا كَافِرُ ، أَوْ يَا خَبِيثُ ، عُزِّرَ ، وَإِنْ قَالَ يَا حِمَارُ أَوْ يَا خِنْزِيرُ لَمْ يُعَزَّرْ .

وَالتَّعْزِيرُ : أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلاَثُونَ سَوْطاً ، وَأَقَلُّهُ ثَلاَثُ جَلَدَاتٍ ،

(ومن وطىء وطئا حراما فى غير ملكه) ، ولو بشبهة كالوطء بنكاح فاسد (لم يحد قاذفه) لعدم الإحصان (والملاعنة بولد لا يحد قاذفها) ، لأن ولدها غير ثابت النسب ؛ وهو أمارة الزنا ، فسقط إحصانها ، وإن كانت الملاعنة بغير ولد حد قاذفها .

(ومن قذف أمة أو عبداً أو كافراً) أو صغيرا (بالزنا) عزر ، لأنه آذاه وألحق به الشين ، ولا يحد به ، لعدم إحصانه ، ولا مدخل للقياس فى الحدود ، فوجب التعزير إلا أنه يبلغ به غايته ، لأنه من جنس ما يجب فيه الحد ، وكذالو قذف من ذكر (أو قذف مسلما) محصنا (بغير الزنا فقال) له (يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث) أو يا سارق ، أو يا فاجر ، أو يا آكل الربا ، أو نحو ذلك (عزر) لما قلنا ، إلا أن هذا أخف من الأول ، لأنه ليس من جنس ما يجب فيه الحد ، فالرأى فيه للامام كما فى الهداية (وإن قال) له (ياحمار أو ياخنزير) أو يا كلب أو يا تيس (لم يعزر) لأنه ما ألحق به الشين ، للتيقن بنفيه ، وقيل : فى عرفنا يعزر ، لأنه تلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزر ، وهو الأحسن ، هداية .

(والتعزير) لغة : التأديب ، وشرعا : تأديب دون الحد ؛ كما أشار إليه بقوله (أكثره تسعة وثلاثون سوطا ، وأقله ثلاث جلدات) ، لأن حد الرقيق فى

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَبْلُغ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطاً ، فَإِنْ رَأَى الإِمَامُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الحبسَ فَعَلَ .
وَأَشَدُّ الضَّرْبِ التَّعْزِيرُ ، ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا ، ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ القَذْفِ .

القذف أربعون فينقص منه سوطا لئلا يبلغ الحد ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف : يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا) قال في الهداية : والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المُعْتَدِينَ » فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أن أدنى الحد وهو حد العبد في القذف أربعون فنقصا منه سوطا ، وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطا في رواية عنه ، وهو قول زفر ، وهو القياس ، وفي هذه الرواية نقص خمسة ، وهو مأثور عن علي رضي الله عنه ، فقلده ، ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات ، لأن مادونها لا يقع به الزجر ، وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام يقدره بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لأنه يختلف باختلاف الناس ، هداية . وفي المجتبى : ويكون بالحبس ، وبالصفع على العنق ، وفرك الأذن ، وبالكلام العنيف ، وبنظر القاضي له بوجه عبوس ، وبشتم غير القذف ، ثم قال : وعن السرخسي لا يباح بالصفع ؛ لأنه من أعلى ما يكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل القبلة ، اه (وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل) ، لأن المقصود الزجر والتأديب ، فإذا رأى الإمام حصوله بالضرب اكتفى به ، وإلا ضم إليه ما يراه من الحبس والنفي كما مر .

(وأشد الضرب التعزير) ، لأنه خفف من حيث العدد فيغلظ من حيث الوصف لئلا يؤدي إلى فوت المقصود ، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء كما في الهداية (ثم حد الزنا) ، لأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن (ثم حد القذف) ، لأن سببه محتمل لاحتمال صدقه .

وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ ، وَإِذَا حُدَّ الْمُسْلِمُ فِي الْقَذْفِ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ تَابَ ، وَإِنْ حُدَّ الْكَافِرُ فِي الْقَذْفِ ثُمَّ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَاللهُ أَعْلَم .

كتاب السرقة

إِذَا سَرَقَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ، أَوْ مَا قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، مَضْرُوبَةً

(ومن حده الإمام أو عزره فمات) منه (فدمه هدر) لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع ، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ ، بخلاف الزوج إذا عزر زوجته ، لأنه مطلق فيه والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق ، هداية .

(وإذا حد المسلم فى القذف سقطت شهادته وإن تاب) لقوله تعالى : « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » والاستثناء فى الآية عائد إلى مايليه ، وتمامه فى الهداية فى الشهادات (وإن حد الكافر فى القذف ثم أسلم قبلت شهادته) لأن هذه الشهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد ، بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته ، لأنه لا شهادة له أصلا فى حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ، هداية .

كتاب السرقة

وهى فى اللغة : أخذ الشىء من الغير على الخفية والاستسرار ، ومنه استراق السمع ، وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على مايأتيك بيانه ، هداية

(إذا سرق البالغ العاقل) الناطق البصير (عشرة دراهم) جيادا (أو ما) أى شيئا مما لا يتسارع إليه الفساد (قيمته عشرة دراهم) سواء كانت الدراهم (مضروبة

أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَةٍ ، مِنْ حِرْزٍ لا شُبْهَةَ فِيهِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ ،

أو غير مضروبة من حرز) وهو ما يمنع وصول يد الغير ، سواء كان بناء أوحافظا (لا شبهة فيه) ولا تأويل ، بمرة واحدة ، اتحد المالك أم تعدد (وجب عليه القطع) ، والأصل فيه قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية ، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأن القطع جزاء الجناية ، وهى لا تتحقق بدونهما . قيدنا بالنطق لأن الأخرس لا يقطع؛ لاحتمال نطقه بشبهة ، وبالبصير لأن الأعمى لا يقطع للشبهة وبالاشتباه عليه ، وقيد بعشرة دراهم لأن النص الوارد فى حق السرقة مجمل فى حق القيمة ، وقد ورد فى السنة بيانه فى الجملة بثمن المجن ، وقال أصحابنا : المجن الذى قطعت فيه اليد على عهد النبى صلى الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم ، وعمم فى الدراهم بقوله «مضروبة أو غير مضروبة» وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، ولكن ظاهر الرواية يشترط المضروب ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وهو الأصح؛ لأن اسم الدرهم يطلق على المضروب عرفا ، وظاهر كلام الهداية يدل على أن عبارة المصنف مقيدة بالمضروبة حيث قال : وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم » واسم الدراهم يطلق على المضروبة ، فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال فى الكتاب ، وهو ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، اهـ . وتبعه فى هذا الكمال فى الفتح قائلا : كما ذكره القدورى ، لكن فى غاية البيان بعد نقله كلام الهداية : وهذا صحيح ، لكن فى نقله عن القدورى نظر ، لأن الشيخ أبا نصر الأقطع ذكر فى الشرح ـ وهو تلميذ القدورى ـ رواية المختصر ، ولم يقيد بالمضروبة ؛ بل أثبت الرواية بقوله «مضروبة أو غير مضروبة» ثم قال : أما قول صاحب الكتاب «عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة» فهو قول أبى حنيفة ، ثم قال : وروى بشر عن أبى يوسف وابنُ سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبراً لا يقطع ، اهـ ، وقوله «أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم

وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ فِى الْقَطْعِ سَوَاءٌ .

وَيَجِبُ الْقَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، أَوْ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ

وإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فأَصابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دراهم قُطِعَ ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُقطَعْ ،

إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ، كما فى الهداية . وقيد بالحرز ، لأن الاستسرار لا يتحقق دونه . ويشترط أن يكون الحرز واحدا ، فلو سرق نصابا من حرزين مختلفين لا يقطع ، وشرط عدم الشبهة لأن الشبهة دارئة للحد ، وكذا التأويل كما يأتى ، وقيدنا بمرة واحدة ، لأنه لو سرق نصابا واحدا من حرز واحد بمرتين فأكثر لا يقطع (والعبد والحر فى القطع سواء) ؛ لأن التنصيف متعذر فيتكامل الجزاء ، صيانة لأموال الناس .

(ويجب القطع بإقراره مرة واحدة) قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يقطع إلا بالإقرار مرتين ، ويروى عنه أنهما فى مجلسين مختلفين ، اه . قال فى التصحيح : وتقدم تصحيح الإسبيجابى لقولهما ، وعليه اعتمد الأئمة كما هو الرسم (أو بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق ، ويسألها الإمام : كيف هى ؟ وما هى ؟ ومتى هى ؟ وأين هى ؟ وكم هى؟ وممن سرق ؟ لزيادة الاحتياط ، واحتيالا للدرء كما مر فى الحدود ، وكذا يسأل المقر عن الكل إلا الزمان ، وما فى الفتح «إلا المكان» تحريف كما فى النهر .

(وإذا اشترك جماعة فى سرقة فأصاب كل واحد منهم) بالقسمة على السوية (عشرة دراهم) أو ما تبلغ قيمته ذلك (قطع) الجميع ، وإن كان الآخذ بعضهم، لوجود الأخذ من الكل معنى،لأن المعتاد أن يتولى الأَخْذَ بعضُهم ويستعد الباقون للدفع (وإن أصابه) : أى كل واحد منهم(أقل من ذلك لم يقطع)واحد منهم، لأن

وَلا يُقْطَعُ فِيمَا يُوجدُ تَافِهاً مُبَاحَاً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، كَالْخَشَبِ ، والقَصَبِ ؛ وَالْحَشِيش ، والسَّمَكِ ، وَالصَّيْدِ ، وَكَذَلِكَ فِيمَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، كالفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ ، وَاللَّبَنِ ، واللَّحْمِ ، والبِطِّيخِ ، والفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ ، والزَّرْعِ الَّذِى لَمْ يُحصَدْ ، ولاَ قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ ، ولا فِي الطُّنْبُور ، ولاَ فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ ، وَلا فِي

الموجب له سرقة النصاب ، و يجب القطع على كل واحد بجنايته ، فيعتبر كمال النصاب فى حقه .

(ولا يقطع فيما يوجد تافها) : أى حقيراً ، و يوجد جنسه (مباحا فى دار الإسلام) وذلك (كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد) والمغرة والنورة والزرنيخ ونحو ذلك ، لأن مايوجد مباحا فى الأصل بصورته تقلّ الرغبات فيه والطباع لاتضن به ، فقلما يوجد أخذه على كره من الملاك ، فلاحاجة إلى شرع الزاجر ؛ ولهذا لم يجب القطع بما دون النصاب ، ولأن الحرز فيه ناقص (وكذلك) : أى لاقطع (فيما يسرع إليه الفساد) بأن لا يبقى سنـــة كما فى القهستانى عن المفسرات (كالفواكه الرطبة واللحم واللبن والبطيخ) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «لاقطع فى الطعام » قالوا : معناه مايتسارع إليه الفساد ، لأنه يقطع فى الحبوب والسكر إجماعا كما فى الاختيار (ولا فى الزرع الذى لم يحصد) والثمر على الشجر ، لعدم الإحراز (ولا قطع فى الأشربة المطربة) لاحتمال أنه تناولها للاراقة ، ولأن بعضها ليس بمال وفى ماليه بعضها اختلاف ، فتتحقق شبهة عدم المالية (ولا فى الطنبور)وجميع آلات اللهو ، لاحتمال تناوله للكسر نهياً عن المنكر (ولا فى سرقة المصحف)لأنه يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه (و إن كان عليه حلية)تبلغ نصابا ، لأنها تبع ، ولامعتبر بالتبع ، كمن سرق آنية وفيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب (ولا فى) سرقة

الصَّلِيبِ الذَّهَبِ ، وَلاَ فِي الشِّطْرَنْجِ وَلاَ النَّرْدِ ، ولاَ قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ ، ولاَ قَطْعَ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ ، وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ ، وَلا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا إلاَّ فِي دَفَاتِرِ الحِسابِ ، وَلاَ قَطْعَ فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ ، وَلا فَهْدٍ ، وَلاَ دُفٍّ ، ولاَ طَبْلٍ ، ولا مِزْمَارٍ ، وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ والقَنَا والآبَنُوسِ والصَّنْدَلِ ، وَإِذَا اتُّخِذَ مِنَ الخَشَبِ أَوَانٍ أَوْ أَبْوَابٌ قُطِعَ فِيهَا ،

(الصليب) أو الصّنم (الذهب) أو الفضة ، لأنه مأذون فى كسره (ولا فى) سرقة (الشطرنج ولا النرد) لأنها من الملاهى كما مر (ولاقطع على سارق الصبى الحر و إن كان عليه حلى) يبلغ النصاب ، لأن الحر ليس بمال ، والحلية تبع له (ولاقطع فى سرقة العبد الكبير) ، لأنه غصب أو خداع ، لأنه فى يد نفسه (و يقطع فى سرقة العبد الصغير) الذى لا يعبر عن نفسه لأنه مال ، ولا يد له على نفسه كالبهيمة ، و إذا كان يعبر عن نفسه فهو والبالغ سواء (ولا قطع فى) سرقة (الدفاتر كلها) لأنها لو شرعية ككتب تفسير وحديث وفقه فكمصحف و إلا فكطنبور كما فى الدرر (إلا فى دفاتر الحساب) ، لأن المقصود ورقها فيقطع بها إن بلغت نصابا (ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد) ونحوه ، ولو عليه طوق من ذهب ، لأن من جنسها مباح الأصل ، وما عليها تبع لها (ولا) فى سرقة (دف ولا طبل ولا مزمار لأنها من آلات اللهو (و يقطع فى) سرقة خشب (الساج) قال الزمخشرى : هو خشب أسود رزين يجلب من الهند ، ولا تكاد الأرض تبليه (والقنا) جمع قناة ، وهى الرمح (والآبنوس) خشب معروف أشد سواداً من الساج (والصندل) شجر طيب الرائحة وكذا العود ، لأنها أموال محرزة عزيزة عند الناس ، ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الإسلام (و إذا اتخذ من الخشب) الذى لا يقطع به (أوان) كصندوق وقصعة (أو أبواب قطع فيها) إذا كانت محرزة ، لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة

وَلاَ قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ ولا خَائِنَةٍ ، ولا نَبَّاشٍ ، ولاَ مُنْتَهِبٍ ، ولاَ مُخْتَلِسٍ

ولاَ يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ المالِ ، ولاَ مِنْ مَالٍ للسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ ، ومَنْ سرقَ مِنْ أبَوَيْهِ أوْ وَلَدِهِ أوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يُقْطَع ، وكَذَلِكَ إذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الآخَرِ ، أو العَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ ، أو مِنَ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ ، أوْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ،

(ولا قطع على خائن) لما ائتمن عليه كمودع (ولا خائنة) لقصور الحرز (ولا) على (نباش) القبر ، سواء كان فى الصحراء أو البيت ولو مقفلا ، للشبهة فى الملك، لأنه لا مالك الميت حقيقة، ولا للوارث لتقدم حاجة الميت. قال الإسبيجابى: وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عليه القطع، والصحيح قولهما ، واعتمده الأئمة المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح (ولا) على (منتهب) وهو الآخذ قهراً (ولا مختلس) وهو الآخذ من اليد بسرعة على غفلة ، لأن كلا منهما يجاهر بفعله ، فلم يتحقق معنى السرقة .

(ولا يقطع السارق من بيت المال) ، لأنه مال العامة وهو منهم (ولا من مال السارق فيه شركة) لأن له فيه حقا ، ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء، لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، وكذا إذا سرق زيادة على حقه؛ لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه، وإن سرق منه عروضاً قطع؛ لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً بالتراضى، وعن أبى يوسف أنه لا يقطع، لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا به، هداية (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالأول - وهو الولاد - للبسوطة فى المال ، وفى الدخول فى الحرز، والثانى للمعنى الثانى؛ فلو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع ، ولو سرق ماله من بيت غيره قطع ، اعتبارا للحرز وعدمه كما فى الهداية (وكذلك): أى لا يقطع (إذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو) من (زوج سيدته) ، لوجود الإذن

وَالْمَوْلَى مِنْ مُكَاتَبِهِ ، وَالسَّارِقُ مِنَ الْمَغْنَمِ .

وَالحِرْزُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : حِرْزٍ لِمَعْنًى فِيهِ ، كَالْبُيُوتِ وَالدُّورِ ، وَحِرْزٍ بِالْحَافِظِ فَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْ حِرْزٍ أَوْ غَيْرِ حِرْزٍ وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ ، ولا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حَمَّامٍ أو مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي

بالدخول عادة (و) كذا إذا سرق (المولى من مكاتبه) ، لأن له فى أكسابه حقاً (و) كذا (السارق من المغنم) إذا كان له نصيب فى الأربعة أخماس أو فى الخمس كالغانمين ؛ لأن لهم فيه نصيبا ، أما غيرهم فينبغى أن يقطع، إلا أن يقال : إنه مباح الأصل ، وهو بعد على صورته التى كان عليها ولم يتغير ، فصار بقاؤه شبهة ، فسقط القطع كما فى غاية البيان .

(والحرز على ضربين : حرز لمعنى فيه)وهو المكان المعد للاحراز ، وذلك (كالبيوت والدور) والحانوت والصندوق والفسطاط ، وهو الحرز حقيقة (وحرز بالحافظ) كمن جلس فى الطريق أو المسجد وعند متاعه فهو محرز به فيكون حرزا معنى (فمن سرق شيئاً من حرز) وإن لم يكن صاحبه عنده أو لم يكن له باب أوله وهو مفتوح (أو) من (غير حرز و) لكن (صاحبه عنده يحفظه) سواء كان مستيقظاً أو نائما والمتاع تحته أو عنده ، هو الصحيح ؛ لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا له فى العادة ، هداية (وجب عليه القطع) ؛ لأنه سرق مالا محرزاً بأحد الحرزين (ولا قطع على من سرق من حمام) فى وقت جرت العادة بدخوله فيه ، وكذا حوانيت التجار والخانات ؛ لوجود الإذن عادة ، فلو سرق فى غير وقت الإذن المعتاد قطع؛ لأنها بنيت للاحراز ، وإنما الإذن مختص فى وقت العادة (أو من بيت أذن للناس فى

دُخُولِهِ . وَمَنْ سَرَقَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعاً وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ ، وَلاَ قَطعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّنْ أَضَافَهُ ، وَإِذَا نَقبَ اللِّصُّ الْبَيْتَ ، فَدَخَلَ ، فَأَخذَ الْمَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ الْبَيْتِ فَلاَ قَطعَ عَلَيْهِمَا ، وَإِنْ أَلقَاه فِى الطَّرِيقِ ثُمَّ خَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ ، وَكَذَلِكَ إِنْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ فَسَاقَهُ فَأَخْرَجَهُ ، وَإِذَا دَخَلَ الْحِرْزَ جَمَاعَةٌ فَتَوَلَّى بَعضُهُمُ الْأَخْذَ

دخوله) ؛ لوجود الإذن حقيقة (ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع) لأنه محرر بالحافظ ؛ لأن المسجد ما بنى لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزا بالمكان ، بخلاف الحمام والبيت الذى أذن للناس فى دخوله حيث لايقطع ؛ لأنه بنى للاحراز ؛ فكان حرزاً ؛ فلا يعتبر معه الإحراز بالحافظ لأنه أقوى كما فى الهداية (ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه) ، لأن البيت لم يبق حرزاً فى حقه ، لكونه مأذونا فى دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار ، فيكون فعله خيانة ، لا سرقة (وإذا نقب اللص البيت ودخل فأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) ؛ لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه ، والثانى لم يوجد منه هتك الحرز ، فلم تتم السرقة من كل واحد . قال جمال الإسلام : وهذا قول أبى حنيفة ، وعليه مشى الأئمة المحبوبى والنسفى والموصلى وغيرهم . تصحيح (وإن ألقاه) أى ألقى اللص المتاع (فى الطريق) قبل أن يخرج (ثم خرج فأخذه قطع) ، لأن الرمى حيلة يعتاده السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ، ولم يعترض عليه يد معتبرة ، فاعتبر الكل فعلا واحدا ، وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق . هداية (وكذلك) : أى قطع (إن حمله) : أى المتاع (على حمار فساقه فأخرجه) لأن سيره مضاف إليه لسوقه (وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ) دون البعض

قطِعُوا جَمِيعًا .

ومَنْ نَقَبَ البَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فَأَخَذَ شَيْئًا لَمْ يُقْطَعْ ، وَ إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِي ، أَوْ فِي كُمِّ غَيْرِهِ ، فَأَخَذَ الْمَالَ ، قُطِعَ

وَتُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَتُحْسَمُ ، فَإِنْ سَرَقَ ثَانِياً قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى ، فإِنْ سَرَقَ ثَالِثاً لَمْ يُقْطَعْ وخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ ؛

(قطعوا جميعاً) لأن الإخراج من الكل معنى للمعاونة ، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمّر الباقون للدفع ، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد .

(ومن نقب البيت وأدخل يده فيه) من غير أن يدخل (فأخذ شيئاً) يبلغ النصاب (لم يقطع) ، لأن هتك الحرز بالدخول فيه ، ولم يوجد ، قال بهاء الدين فى شرحه : وعن أبى يوسف أنه يقطع ، والصحيح قولنا ، واعتمده البرهانى وغيره ، تصحيح (وإن أدخل يده فى صندوق الصيرفى أو فى كم غيره فأخذ المال قطع) ، لتحقق هتك الحرز ، لأنه لا يمكن هتك مثل هذا الحرز إلا على هذه الصفة.

(ويقطع يمين السارق من الزند) وهو المفصل بين الذراع والكف (وتحسم) وجوبا ؛ لأنه لو لم تحسم يفضى إلى التلف ، والحد زاجر لا متلف ، وصورة الحسم : أن تجعل يده بعد القطع فى دهن قد أغلى بالنار لينقطع الدم ، قال فى الذخيرة : والأجرة وثمن الدهن على السارق ، لأن منه سبب ذلك وهو السرقة ، جوهرة (فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى) من الكعب ، وهو المفصل بين الساق والقدم ، وتحسم أيضاً (فإن سرق ثالثاً لم يقطع) ولكن عزر (وخلد فى السجن حتى يتوب) لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : إنى لأستحى من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ، ورجلا يمشى عليها ، و بهذا حاج بقية الصحابة فحجهم ، فانعقد إجماعا ، هداية .

وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى ، أَوْ أَقْطَعَ ، أَوْ مَقْطُوعَ الرِّجْلِ الْيُمْنَى ، لَمْ يُقْطَعْ

وَلاَ يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلاَّ أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ فَيُطَالِبَ بِالسَّرِقَةِ ، فَإِنْ وَهَبَهَا مِنَ السَّارِقِ ، أَوْ بَاعَهَا إِيَّاهُ ، أَوْ نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النِّصَابِ ، لَمْ يُقْطَعْ .

وَمَنْ سَرَقَ عَيْناً فَقُطِعَ فِيهَا وَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا ، لَمْ يُقْطَعْ ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا ، مِثْلُ

(وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع) : أى مقطوعها (أو مقطوع الرجل اليمنى) أو أشلها (لم يقطع) ، لأن فى ذلك تفويت جنس المنفعة : بطشاً فيما إذا كان أشل اليد اليسرى أو أقطع ، ومشياً فيما إذا كان مقطوع الرجل اليمنى أو أشل ، وتفويت ذلك إهلاك معنى، فلا يقام الحد ، لئلا يفضى إلى الإهلاك

(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) ؛ لأن الخصومة شرط لظهورها ، ولافرق بين الشهادة والإقرار ؛ لأن الجناية على مال الغير لاتظهر إلا بالخصومة ، وكذا إذا غاب عند القطع ؛ لأن الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود ، هداية (فإن وهبها) : أى السرقةَ (من السارق ، أو باعها إياه ، أو نقصت قيمتها من النصاب) ولو بعد القضاء بها (لم يقطع) ؛ لأن الإمضاء فى هذا الباب من القضاء ، فيشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء ، فصار كما إذا حصلت قبل القضاء ، وتمامه فى الهداية .

(ومن سرق عيناً فقطع فيها وردها) لمالكها (ثم عاد فسرقها) ثانياً (وهى) بعد (بحالها) لم تتغير (لم يقطع) بها ثانياً ؛ لأنه وجب لهتك حرمة العين ؛ فتكراره فيها لايوجب تكرار الحد (فإن تغيرت عن حالها) الأول (مثل

أنْ كانَ غزلاً فَسَرَقَه فقُطِعَ فِيهِ فرَدَّهُ ثُمَّ نُسِجَ فعَادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ ، وَإذا قُطِعَ السَّارقُ وَالعَيْنُ قَائِمَةٌ فى يَدِه رَدَّهَا، وَإنْ كانَتْ هَالِكَةً لَمْ يَضْمَنْ، وَإذا ادَّعَى السَّارِقُ أنَّ العَيْنَ المَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ القَطْعُ عَنْهُ وَإنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً. وَإذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعِينَ ، أوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الامْتِنَاعِ ،

أن) لو (كان) المسروق (غزلا فسرقه فقطع فيه فرده) لمالكه (ثم نسج) ذلك الغزل وصار كرباساً (فعاد) السارق (فسرقه) ثانياً (قطع ، وإذا قطع السارق والعين) المسروقة (قائمة فى يده ردها) على مالكها ، لبقائها على ملكه (وإن كانت) العين (هالكة) أومستهلكة على المشهور (لم يضمن) ، لأنه لايجتمع القطع والضمان عندنا ، سواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده ، مجتبى . وفيه : لو استهلكه المشترى منه أو الموهوب له فللمالك تضمينه .

(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) لوجود الشبهة باحتمال الصدق .

ولما أنهى الكلام على السرقة الصغرى أخذ فى الكلام على السرقة الكبرى فقال : (وإذا خرج جماعة ممتنعين) : أى قادرين على أن يمنعوا عن أنفسهم تعرض الغير ، (أو واحد يقدر على الامتناع) بنفسه ، قال فى غاية البيان : وإطلاق اسم الجماعة يتناول المسلم والذمى والكافر ، والحر والعبد ، والمراد من الامتناع : أن يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له أن يدفع عن نفسه بقوته وشجاعته تعرض الغير ، قال الإمام الإسبيجابى فى شرح الطحاوى : اعلم أن قاطع الطريق إنما يكون بعد أن تستجمع فيه شرائط ، وهى : أن يكون لهم قوة وشوكة ينقطع الطريق بهم ، وأن لا يكون بين قريتين ولا بين مصرين ولا مدينتين ، وأن يكون بينهم و بين المصر مسيرة سفر ؛

فَقَصَدُوا قَطعَ الطَّرِيقِ فَأُخِذُوا قَبلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالاً ولا قتَلُوا نَفْساً حَبَسَهُمُ الْإِمَامُ حتَّى يُحْدِثُوا تَوْبَةً ، وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ وَالمأخوذُ إِذَا قُسِمَ عَلَى جَماعتِهِمْ أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَصَاعِداً أَوْ مَا قِيمَتُهُ ذَلِكَ قَطَعَ الإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ ، وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يأْخُذُوا مَالاً قَتَلَهُمُ الإِمَامُ حَدًّا ، فإِنْ عَفَا الأَوْلِيَاءُ عَنْهُمْ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى عَفْوِهِمْ ، وَإِنْ قتلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ

فإذا وجدت هذه الأشياء يكون قاطعاً للطريق ، وإلا فلا ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية ، وروى عن أبي يوسف أنه قال : إن كان أقل من مسيرة سفر أو كان في المصر ليلا فإنه يجرى عليهم حكم قطاع الطريق،وهو: أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى والفتوى هنا على قول أبي يوسف ، اه . ونقل مثله في التصحيح عن الينابيع وشرح الطحاوى (فقصدوا قطع الطريق ، فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ولا قتلوا نفساً حبسهم الإمام) وهو المراد بالنفى في الآية ؛ إذ المراد توزيع الأجزية على الأحوال كما هو مقرر في الأصول (حتى يحدثوا توبة) لا بمجرد القول ، بل بظهور سيماء الصالحين أو الموت (وإن أخذوا مال مسلم أو ذمى والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم) بالسوية (أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم) فضة فصاعداً (أو ما قيمته ذلك) من غيرها (قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف) أى قطع من كل واحد يده اليمنى ورجله اليسرى ، وهذا إذا كان صحيح الأطراف كما مر ، وهذه حالة ثانية (وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حدا) لا قصاصاً ، ولذا لا يشترط فيه أن يكون موجباً للقصاص بأن يكون بمحدد ، ولا يجوز العفو عنه كما صرح به بقوله : (فإن عفا الأولياء عنهم لم يلتفت إلى عفوهم) ، لأن الحدود وجبت حقا لله تعالى لا حق للعباد فيها ، وهذه حالة ثالثة (وإن قتلوا وأخذوا المال) وهى

فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ ، وإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ ، وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُمْ : يُصْلَبُ حَيًّا ، وَيُبْعَجُ بَطْنُهُ بِالرُّمْحِ إِلى أَنْ يَمُوتَ ، ولاَ يُصْلَبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ ، أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْبَاقِينَ

الحالة الرابعة (فالإمام بالخيار : إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) جزاء على أخذ المال (و) بعد ذلك (قتلهم وصلبهم) جزاء على القتل(وإن شاء قتلهم) فقط (وإن شاء صلبهم) فقط ؛ لما فى كل منهما من الإهلاك ، وفيه كفاية فى الزجر قال الإمام الإسبيجابى : وهذا الذى ذكره قول أبى حنيفة وزفر ، وقال أبو يوسف : لاأعفيه من الصلب ، وقال محمد : لايقطع ، ولكن يقتل ويصلب ، والصحيح قول أبى حنيفة ، وفى الهداية والتجنيس : أنه ظاهر الرواية ، واختاره المحبوبى والموصلى وغيرهما ، تصحيح، و(يصلب)مَنْ يُرَادصلبه(حيا)وكيفيته : أن تغرز خشبة ويوقف عليها وفوقها خشبة أخرى ويربط عليها يديه (ويبعج بطنه بالرمح) من تحت ثديه الأيسر ، ويخضخض بطنه (إلى أن يموت) وروى الطحاوى أنه يقتل أولا ثم يصلب بعد القتل ؛ لأن الصلب حيا مُثْلة ؛ ولأنه يؤدى إلى التعذيب ،والأول أصح لأن صلبه حيا أبلغ فى الزجر والردع كما فى الجوهرة (ولا يصلب) : أى لا يبقى مصلوبا (أكثر من ثلاثة أيام)وهو ظاهر الرواية ، كذا قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير ، وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبته حتى ينقطع فيسقط ليحصل الاعتبار لغيره ، وجهُ الظاهر أن الاعتبار يحصل بالثلاثة فبعدها يتغير فيتأذى الناس فيخلى بينه و بين أهله ليدفن ، غاية (فإن كان فيهم) : أى القُطّاع (صبى أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليهم) الطريق (سقط الحد عن الباقين) ؛ لأن

وَصارَ الْقَتْلُ إلى الأَوْلياء : إِنْ شاؤُا قَتَلُوا ، و إِنْ شاؤُا عَفَوا ، و إِنْ بَاشَرَ الْفِعْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أُجْرِىَ الْحَدُّ عَلَى جَماعَتِهِمْ .

كتاب الأشربة

الأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ : الْخَمْرُ ، وهِيَ : عَصِيرُ الْعِنَبِ إِذا غَلَى واشْتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ ، وَالْعَصِيرُ إذا طُبِخَ حَتّى ذَهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ ،

الجناية واحدة قامت بالجميع ، فإذا لم يكن فعل بعضهم موجباً صار فعل الباقين بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم ، قال فى الغاية : وهذا الذى ذكره القدورى ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وهو قول زفر ، اه (و) إذا سقط الحد (صار القتل إلى الأولياء) ؛ لظهور حق العبد ، وحينئذ (إن شاءوا قتلوا) قصاصا ؛ فيعتبر فيه ،وجبه من القصاص أو الدية (وإن شاءوا عفوا) ؛ لأنه صار خالص حقهم (وإن باشر الفعل واحد منهم) دون الباقين (أجرى الحد على جماعتهم) ؛ لأنه إنما يأخذه بقوة الباقين

ومن قطع الطريق فلم يقدر عليه حتى جاء تائبا سقط عنه الحد بالتوبة قبل القدرة ، ودفع إلى أولياء المقتول : إن كان قَتَلَ اقتص منه ، وإن كان أخذ المال رده إن كان قائماً وضمنه إن كان هالكاً ، لأن التوبة لا تسقط حق الآدمى ، كما فى الجوهرة .

كتاب الأشربة

والأَشْرِبة : جمع شَرَاب ، وهو لغة : كل ما يشرب ، وخص شرعا بالمسكر .

(الأشربة المحرمة أربعة) : أحدها (الخمر ، وهى عصير العنب) النىء (إذا) ترك حتى (غلى) : أى صار يفور (واشتد) : أى قوى وصار مسكراً (وقذف) : أى رمى (بالزبد) : أى الرغوة ، بحيث لا يبقى شىء منها فيصفو ويرق ، وهذا قول أبى حنيفة ، وعندهما إذا اشتد بحيث صار مسكراً وإن لم يقذف (و) الثانى (العصير) المذكور (إذ طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) ويسمى الباذق والطلاء أيضاً ،

وَنقيعُ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا أشتَدّ ، وَنبيذ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا طُبِـخَ كلٌ واحِدٍ مِنهُمَا أدْنى طَبْخٍ حَلاَلٌ ، وَإنِ اشتدَّ ، إذا شَرِبَ مِنهُ مَا يَغلِبُ فِي ظَنّهِ أنَّهُ لاَ يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَلا طَرَبٍ ،

وقيل : الطلاء ماذهب ثلثاه وبقى ثلثه كما فى المحيط ، وقيل : إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء وإن ذهب نصفه فهو المنصف ، وإن طبخ أدنى طبخ فالباذق ، والكل حرام إذا غلى واشتد وقذف بالزبَدِ على الاختلاف كما فى الاختيار ، وقال قاضيخان : ماء العنب إذا طبخ ـ وهو الباذق ـ يحل شربه مادام حلواً عند الكل ، وإذا غلى واشتد وقذف بالزبَدِ يحرم قليله وكثيره ، ولا يفسق شاربه ، ولا يكفر مستحله ، ولا يحد شاربه مالم يسكر منه ، اه (و) الثالث (نقيع التمر و) الرابع نقيع (الزبيب) النيء (إذا اشتد) وقذف بالزبد على الاختلاف ، والنقيع : اسم مفعول ، قال فى المغرب : يقال أنقع الزبيبَ فى الخابية ونَقَعَه إذا ألقاه فيها ليبتل وتخرج منه الحلاوة ، وزبيب مُنْقَع بالفتح مخففاً ، واسم الشراب نقيع ، اه، قال فى الهداية : وهو حرام إذا اشتد وغلى؛ لأنه رقيق ملذ مطرب ، إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر ، حتى لا يكفر مستحلها ، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ، ونجاستها خفيفة فى رواية غليظة فى أخرى ، بخلاف الخمر ، اه مختصرا .

(ونبيذ التمر) هو اسم جنس فيتناول اليابس والرطب والبسر ، ويتحد حكم الكل كما فى الزاهدى ، والنبيذ : شراب يتخذ من التمر أو الزبيب أو العسل أو البر أو غيره ، بأن يلقى فى الماء ويترك حتى يستخرج منه ، مشتق من النَّبْذِ وهو الإلقاء كما أشار إليه فى الطلبة وغيره ، قهستانى (و) نبيذ (الزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخ) . قال فى الهداية : إذا ذهب أقل من ثلثيه فهو المطبوخ أدنى طبخ ، اه (حلال وإن) غلى و(اشتد) وقذف بالزبد ، قهستانى ، قال العينى : ولم يذكر القذف اكتفاء بما سبق (إذا شرب منه مايغلب على ظنه أنه لا يسكره) وكان شربه للتقوى ونحوه (من غير لهو ولا طرب) قال القهستانى: فالفرق بينه وبين النقيع بالا ط

وَلاَ بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ ، ونَبِيذُ الْعَسَلِ والتِّينِ وَالْحِنْطَةِ والشَّعِيرِ والذُّرَةِ حَلَالٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ .

وعدمه كما فى النظم ، قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد حرام ، ومثله فى الينابيع ، ثم قال : والصحيح قولهما ، واعتمده الأئمة المحبوبى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، تصحيح ؛ لكن يأتى قريباً أن الفتوى على قول محمد فتنبه . قيد بعدم اللهو والطرب ، لأنه مع ذلك لا يحل بالاتفاق .

(ولا بأس بالخليطين) : أى ماء الزبيب والتمر أو الرطب أو البسر المجتمعين المطبوخين أدنى طبخ كما فى المعراج والعناية وغيرهما ، والمفهوم من عبارة الملتقى عدم اشتراط الطبخ ، ثم هذا إذا لم يكن أحد الخليطين ماء العنب ، و إلا فلا بد من ذهاب الثلثين كما فى الكافى .

(ونبيذ العسل) و يسمى البِتْعَ . قال فى المغرب : البتع ـ بكسر الباء وسكون التاء ـ شراب مسكر يتخذ من العسل باليمن (و) نبيذ (التين و) نبيذ (الحنطة) و يسمى بالمِزْرِ ـ بكسر الميم ، كما فى المغرب ـ (و) نبيذ (الشعير) و يسمى بالجعة ـ بكسر الجيم ـ كما فى القهستانى (و) نبيذ (الذرة) بالذال المعجمة ـ و يسمى بالسكركة ـ بضم السين والكاف وسكون الراء ، كما فى المغرب (حلال) شربه للتقوى واستمراء الطعام (وإن لم يطبخ) و إن اشتد وقذف بالزبد ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد حرام ، قال فى التصحيح : واعتمد قولهما البرهانى والنسفى وصدر الشريعة ، اهـ وفى القهستانى : وحاصله أن شرب نبيذ الحبوب والحلاوات بشرطه حلال عند الشيخين ؛ فلا يحد السكران منه ولا يقع طلاقه وحرام عند محمد فيحد و يقع كما فى الكافى ، وعليه الفتوى كما فى الكفاية وغيره ، اهـ . ومثله فى التنوير والملتقى والمواهب والنهاية والمعراج وشرح المجمع وشرح درر البحار والعينى حيث قالوا الفتوى فى زماننا بقول محمد ، لغلبة الفساد ، وفى النوازل لأبى الليث : ولو اتخذ شيئا من

وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إذا طُبِخَ حَتّى ذَهَبَ مِنْهُ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلَالٌ وَ إِنِ اشْتَدَّ ، وَلاَ بَأْسَ بِالاِنْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمُزَفَّتِ وَالنَّقِيرِ ، و إِذا تَخَلَّلَتِ الْخَمْرُ حَلَّتْ ، سَوَاء صَارَتْ خَلاًّ بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ طُرِحَ فِيهَا ،

الشعير أوالذرة أوالتفاح أوالعسل فاشتد وهومطبوخ أوغيرمطبوخ فإنه يجوز شربه مادون السكر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد : لايجوزشربه ، وبه نأخذ . اهـ

(وعصير العنب إذا طبخ) بالنار أو الشمس (حتى ذهب منه ثلثاه وبقى ثلثه حلال) شربه حيث وجد شرطه (وإن) غلى و (اشتد) وقذف بالزبد كما سبق، وهذاعندأبي حنيفةوأبي يوسف أيضا ، خلافالمحمد، والخلاف فيه كالخلاف في سابقه ، وقد علمت أن فتوى المتأخرين على قول محمد لفساد الزمان ، وفي التصحيح : ولوطبخ حتى ذهب ثلثه ثم زيد عليه وأعيد إلى النار : إن أعيد قبل أن يغلى لا بأس به لأنه تمّ الطبخ قبل ثبوت الحرمة ، وأن أعيد بعد ما غلى الصحيحُ لا يحل شربه ، اهـ .

(ولا بأس بالانتباذ) : أي اتخاذ النبيذ (في الدباء) بضم الفاء وتشديد العين والمد ــ القرع ، الواحدة دباءة ، مصباح (والحنتم) الخزف الأخضر ، أوكل خزف وعن أبي عبيدة : هي جرار خمر تحمل فيها الخمر إلى المدينة ، الواحدة حنتمة ، مغرب (والمزفت) الوعاء المطلى بالزفت ، وهو القار ، وهذمما يحدث التغير في الشراب سريعا مغرب (والنقير) خشبة تنقر وينبذ فيها مصباح ، وماورد من النهي عن ذلك منسوخ بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأشياء : «فاشربوا في كل ظرف ؛ فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ، ولا تشربوا المسكر » . وقاله بعد ما أخبر عن النهي عنه ، فكان ناسخا له ، هداية

(وإذا تخللت الخمر حلت) ، لزوال الوصف المفسد (سواء صارت خلا بنفسها أو بشيء طرح فيها) كالملح والخل والماء الحار ، لأن التخليل يزيل الوصف المفسد،

وَلاَ يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا .

كتاب الصيد والذبائح

يَجُوزُ الاِصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ ، وَالْفَهْدِ ، وَالْبَازِي ، وَسَائِرِ الْجَوَارِحِ الْمُعَلَّمَةِ .

و إذا زال الوصف المفسد الموجب للحرمة حلت ، كما إذا تخللت بنفسها ، وإذا تخللت طهر الإناء أيضا ؛ لأن جميع ما فيه من أجزاء الخمر يتخلل ، إلا ما كان منه خاليا عن الخل ، فقيل : يطهر تبعاً ، وقيل : يغسل بالخل ليطهر ؛ لأنه يتخلل من ساعته ، وكذا لو صب منه الخمر فملىء خلا طهر من ساعته كما فى الاختيار (ولا يكره تخليلها) ، لأنه إصلاح ، والإصلاح مباح .

ولا يجوز أكل البنج والحشيش والأفيون ، وذلك كله حرام ، لأنه يفسد العقل ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، لكن تحريم ذلك دون تحريم الخمر ، فإن أكل شيئا من ذلك لا حَدَّ عليه ، وإن سكر منه ، بل يعزر بما دون الحد كما فى الجوهرة .

كتاب الصيد والذبائح

مناسبة الصيد للأشربة أن كلا منهما يورث الغفلة واللهو ، ومناسبة الصيد للذبائح جلية ، أو لأن الصيد والذبائح للأطعمة ، ومناسبتها للأشربة غير خفية .

والصيد لغة : مصدر «صاده» إذا أخذه ، فهو صائد ، وذاك مَصِيدٌ ، ويسمى المصيد صيداً ، فيجمع صُيُوداً ، وهو : كل ممتنع متوحش طبعاً لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، مغرب . وزيد عليه أحكام شرعا كما يأتى بيانها .

(يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة) وهى: كل ذى ناب من السباع أو ذى مخلب من الطير ، وعن أبى حنيفة أنه استثنى من ذلك

وَتَعْلِيمُ الْكَلْبِ : أَنْ يَتْرُكَ الأَكْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ .

وَتَعْلِيمُ الْبَازِي : أَنْ يَرْجِعَ إِذَا دَعَوْتَهُ .

فَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبهُ الْمُعَلَّمُ، أَوْ بَازِيَهُ ، أَوْ صَقْرَهُ ، وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ عِنْدَ إِرْسَالِهِ ، فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي أُكِلَ ، وإذا أَدْرَكَ الْمُرْسِلُ

الأسد والدب ؛ لأنهما لا يعملان لغيرهما : الأسد لعلو همته ، والدب لخساسته ، وألحق بعضهم بهما الحدأة لخساستها ، والخنزير مستثنى ؛ لأنه نجس العين ، ولا يجوز الانتفاع به ، هداية .

(وتعليم الكلب) ونحوه من السباع (أن يترك الأكل) مما يصيده (ثلاث مرات) قيد بالأكل ؛ لأنه لو شرب الدمَ لا يضر ؛ لأنه من غاية علمه (و تعليم البازى) و نحوه من الطير (أن يرجع إذ دعوته) ، لأن آية التعليم تركُ ما هو مألوفه عادة ، والبازى متوحش متنفر ، فكانت الإجابة آية تعليمه ؛ أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل .

(فإذا أرسل) مريد الصيد (كلبه المعلم أو بازيه أو صقره) المعلم (وذكر اسم الله عليه عند إرساله) ولو حكما بأن نسيها ، فالشرط عدم تركها عمداً (فأخذ) المرسَلُ (الصيد وجرحه) فى أى موضع كان (فمات) الصيد من جرحه (حل أكله) قيد بالجرح لأنه إذا لم يجرحه ومات لم يؤكل فى ظاهر الرواية كما يأتى قريباً(و إن أكل منه الكلب) ونحوه من السباع بعد ثبوت تعلمه (لم يؤكل)هذا الصيد ، لأنه علامة الجهل ، وكذا مايصيده بعده حتى يصير معلماً ، وأما ماصاده قبله فما أكل منها لا تظهر فيه الحرمة لعدم المحلية ، ومالم يأكل يحرم عنده ، خلافاً لهما ، و تمامه فى الهداية (وإن أكل منه البازى أُكِلَ) لأن الترك ليس شرطاً فى علمه (و إن أدرك المرسِلُ) أو

الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، فَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ وَإِنْ خَنَقَهُ الْكَلْبُ وَلَمْ يَجْرَحْهُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ

الرامى كما يأتى (الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه) لأنه قدر على الذكاة الاختيارية فلا تجزىء الاضطرارية لعدم الضرورة (فإن ترك التذكية حتى مات) وكان فيه حياة فوق حياة المذبوح بأن يعيش مدة كاليوم أو نصفه كما فى البدائع (لم يؤكل) لأنه مقدور على ذبحه ولم يذبح ، فصار كالميتة . أطلق الإدراك فشمل ما إذا لم يتمكن من ذبحه لفقد آلة أو ضيق الوقت كما هو ظاهر الرواية ، قال فى الهداية : إذا وقع الصيد فى يده ولم يتمكن من ذبحه ، وفيه من الحياة فوق مايكون فى المذبوح ، لم يؤكل فى ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل ، اه ومثله فى الينابيع ، وزاد : وروى عن أصحابنا الثلاثة أنه يؤكل استحسانا ، وقيل : هذا أصح ، اه . وقيدنا بما فوق حياة المذبوح ، لأنه إذا أدرك به حياة مثل حياة المذبوح لا تلزم تذكيته ، لأنه ميت حكما ، ولهذا لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لايحرم . كما إذا وقع وهو ميت ، وقيل : هذا قولهما ، أما عند أبى حنيفة لايؤكل أيضاً ؛ لأنه وقع حيا فلايحل إلا بذكاة الاختيار كما فى الهداية والاختيار (وإن خنقه الكلب) أوصدمه بصدره أو جبهته فقتله (ولم يجرحه لم يؤكل) فى ظاهر الرواية ، لأن الجرح شرط . قال الإسبيجابى : وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يؤكل ، وهو رواية عن أبى يوسف ، والصحيح ظاهر المذهب ، اه . وفى العناية والمعراج وغيرهما : والفتوى على ظاهر الرواية اه . قال فى الهداية : وهذا يدلك على أنه لايحل بالكسر ، وعن أبى حنيفة إذا كسر عضواً فقتله لابأس بأكله لأنه جراحة باطنة ، فهى كالجراحة الظاهرة ، وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سبباً لإنهار الدم ، ولا يحصل ذلك بالكسر ؛ فأشبه التخنيق ، اه (وإن شاركه) : أى شارك الكلب المعلم المرسَلَ ممن تؤكل ذبيحته المصحوب بالتسمية (كلب غير معلم

أَوْ كَلْبُ مَجُوسِيّ أَوْ كَلبٌ لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ لَمْ يُؤْكَلْ .

وَإِذَا رَمَى الرَّجُلُ سَهْماً إِلَى صَيْدٍ فَسَمَّى عِنْدَ الرَّمْيِ أَكَلَ مَا أَصَابَ إِذَا جَرَحَهُ السَّهْمُ فَمَاتَ ، وَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا ذَكَّاهُ ، وَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ وَقَعَ السَّهْمُ فَتَحَامَلَ حَتَّى غَابَ عَنْهُ وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتاً أُكِلَ ، وَإِنْ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ ثُمَّ أَصَابَهُ مَيِّتاً لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِذَا رَمَى صَيْداً فَوَقَعَ فِي الْمَاءِ فَمَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ ،

أو كلب مجوسى لم يذكر اسم الله عليه) عمداً (لم يؤكل) ؛ لأنه اجتمع المبيح والمحرم، فتغلب جهة المحرم احتياطا كما فى الاختيار (وإذا رمى الرجل سهماً إلى صيد فسمى عند الرمى أكل ما أصاب) السهم (إذا جرحه السهم فمات) ؛ لأنه ذبح بالرمى، لكون السهم آلة له ، فتشترط التسمية عنده ، وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ، ولا بد من الجراحة ، ليتحقق معنى الذكاة على ما بيَّنَّا ، هداية (وإن أدركه حيا ذكاه ، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل) كما تقدم آنفا (وإذا وقع السهم) بالصيد (فتحامل) : أى ذهب بالجرح ، قال فى المغرب: التحامل بالشىء أن يتكلفه على مشقة وإعياء ، يقال: تحاملت فى المشى، ومنه ضربه ضربا يقدر على التحامل معه ، أى على المشى مع التكلف ، ومنه ربما يتحامل الصيد ويطير ، أى يتكلف الطيران ، اه (حتى غاب) الصيد (عنه و) لكن (لم يزل) الرامى (فى طلبه حتى أصابه ميتاً) وليس به إلا أثر سهمه (أكل) ؛ لأنه غير مفرط ، وقد ذكاه الذكاة الضرورية ؛ فيحال الموت إليها (وإن كان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل) ؛ لاحتمال موته بسبب آخر ، والموهوم فى هذا الباب كالمحقق ، إلا أنه سقط اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أنه لا يعرى الاصطياد عنه ، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه . قيدنا بأنه ليس به إلا أثر سهمه ، لأنه لو وجد به جراحا أخرى حرم ، لاحتمال موته منها ، والجواب فى إرسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمى فى جميع ما ذكرنا كما فى الهداية (وإذا رمى صيداً فوقع فى الماء فمات لم يؤكل)

وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَعَ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إِلى الأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِلَ .

وَمَا أَصَابَ المِعْرَاضُ بِعَرْضِهِ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَإِنْ جَرَحَهُ أُكِلَ ، وَلاَ يُؤْكَلُ مَا أَصَابَتْهُ البُنْدُقَة إِذَا مَاتَ مِنْهَا .

لاحتمال موته بالغرق (وكذلك إن وقع على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض) ؛ لاحتمال موته من التردى (وإن وقع) الصيد (على الأرض ابتداء أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، وفى اعتباره محرِّما سد باب الاصطياد ، بخلاف ماتقدم ، لأنه يمكن الاحتراز عنه ، فصار الأصل : أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً ، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه ، لأن التكليف بحسب الوسع . هداية .

(وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل) لأنه لا يجرح ، والجرح لابد منه ليتحقق معنى الذكاة على ماقدمناه (وإن) أصاب بحده و (جرحه أكل) لتحقق معنى الذكاة . قيدنا بالجرح بالحد لأنه لو جرحه بعرضه فمات لم يؤكل ، لقتله بثقله . والمعراض هو : سهم لا ريش له كما فى المغرب ، وفى الجوهرة : المعراض عصا محددة الرأس ، وقيل : هو السهم المنحوت من الطرفين (ولا يؤكل ماأصابته البندقة) بضم الباء والدال طينة مدورة يرمى بها ، مغرب (إذا مات منها) ، لأنها تدق وتكسر ولا تجرح ، فصارت كالمعراض إذا لم يجرح ، وكذلك إذا رماه بحجر ، قال فى الهداية : وكذلك إن جرحه إذا كان ثقيلا ولو به حدة لاحتمال أنه قتله بثقله ، وإن كان خفيفا وبه حدة يحل ، لتيقن الموت بالجرح ، ثم قال : والأصل فى هذه المسائل أن الموت إن كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا ، وإذا كان مضافاً إلى الثقل بيقين كان حراماً ، وإن وقع الشك كان حراماً

وَإذا رَمَى إلى صَيْدٍ فَقَطَعَ عُضواً مِنْهُ أُكِلَ ، وَلاَ يُؤْكَلُ الْعُضْوُ ، وَإنْ قَطَعَهُ أَثْلاَثاً وَالأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي الْعَجُزَ أُكِلَ ، وَإنْ كَانَ الأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ أُكِلَ الأَكْثَرُ ، وَلا يُؤْكَلُ الأَقَلُّ ، وَلاَ يُؤْكَلُ صَيْدُ الْمَجُوسِيِّ وَالْمُرْتَدِّ وَالْوَثَنِيِّ .

وَمَنْ رَمَي صَيْداً فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثْخِنْهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ مِنْ حَيِّزِ الِامْتِنَاعِ فَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِى ، وَيُؤْكَلُ ،

احتياطاً ، والحديد وغيره سواء ، اه مع بعض تغيير (وإذا رمى إلى صيد فقطع عضواً منه أكل) ذلك الصيد ؛ لوجود الجرح (ولا يؤكل العضو) المقطوع ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « ماأبين من الحى فهو ميت » والعضو بهذه الصفة ؛ لأن المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة ، وكذا حكما لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ، جوهرة (وإن قطعه أثلاثا و) كان (الأكثر مما يلى العجز) أوقدّه نصفين ، أو قطع نصف رأسه أو أكثره (أكل) الكل ؛ لأن فى هذه الصور لا يمكن فيه حياة فوق حياة المذبوح ، فلم يتناوله الحديث المذكور ، بخلاف ماإذا كان الأكثر مما يلى الرأس لإمكان الحياة فوق حياة المذبوح ؛ فيحل مامع الرأس ويحرم العجز ؛ لأنه مبان من الحى كاس .

(ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثنى) ، لأنهم ليسوا من أهل الذكاة كما يأتى ، وذكاة الاضطرار كذكاة الاختيار .

(ومن رمى صيداً فأصابه ولم يثخنه) : أى لم يوهنه (ولم يخرجه من حيز الامتناع) عن الأخذ (فرماه آخر فقتله) أو أثخنه وأخرجه عن حيز الامتناع (فهو للثانى) ؛ لأنه الآخذ ، وقدقال عليه الصلاة والسلام : «الصيد لمن أخذه» ، هداية (ويؤكل) : أى ذلك الصيد ، لأنه مالم يخرج عن حيز الامتناع فذكاته ضرورية

وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَثْخَنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَالثَّانِي ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْأَوَّلِ غَيْرَ مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ .

وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الْحَيَوَانِ وَمَا لَا يُؤْكَلُ .

وَذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ وَالْكِتَابِيِّ حَلَالٌ ، وَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ الْمَجُوسِيِّ

وقد حصلت ، قال في الهداية : وهذا إذا كانت الرمية الأولى بحال ينجو منه الصيد ، لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمى الثانى ، اه (وإن كان) الرامى (الأول أثخنه) بحيث أخرجه عن حيز الامتناع (فرماه الثانى فقتله لم يؤكل) لاحتمال الموت بالثانى وهذا ليس بذكاة ، للقدرة على ذكاة الاختيار ، بخلاف الوجه الأول ، هداية (و) الرامى (الثانى ضامن لقيمته للأول) ؛ لأنه بالرمى أتلف صيداً مملوكاً للغير ، لأن الأول ملكه بالرمى المثخن (غير ما نقصته جراحته) ، لأنه أتلفه وهو جريح ، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف .

(ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان) ، لأنه سبب للانتفاع بلحمه ، وبقية أجزائه (و) كذا (ما لا يؤكل) ، لأنه سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو قرنه أو لاستدفاع شره .

(وذبيحة المسلم والكتابى) إذا كان يعقل التسمية والذبح ويضبطه ، وإن كان صبياً أو مجنونا أو امرأة كما فى الهداية (حلال) ، لوجود شرطه ، وهو : كون الذابح صاحب ملة التوحيد : إما اعتقاداً كالمسلم ، أو دعوى كالكتابى ، هداية (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير نا كحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » ، ولأنه لايدعى التوحيد ، فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى ، هداية

وَالْمُرْتَدِّ وَالْوَثَنِيِّ وَالْمُحْرِمِ ، وَإِنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ عَمْداً فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لاَ تُؤْكَلُ ، وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِياً أُكِلَتْ .

(والمرتد) لأنه لاملة له (والوثنى) لأنه لايعتقد الملة (والمحرم) بأحد النسكين ، قال في الهداية : يعني من الصيد ، وكذا لايؤكل ماذبح في الحرم من الصيد ، والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم ، والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم ، وهذا لأن الذكاة فعل مشروع ، وهذا الصنيع محرم ، فلم تكن ذكاة . اه .

(وإن ترك الذابح التسمية عمداً) مسلماً كان أو كتابيا (فذبيحته ميتة لاتؤكل) لقوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » الآية (وإن تركها ناسياً أكلت) ، لأن في تحريمه حرجاً عظيما ، لأن الإنسان قلما يخلو عن النسيان ، فكان في اعتباره حرج ، والحرج مدفوع ، ولأن الناسي غير مخاطب بما نسيه بالحديث[1] ، فلم يترك فرضا عليه عند الذبح ، بخلاف العامد كما في الاختيار . قال في الهداية : ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح ، وهي على المذبوح ، وفي الصيد عند الإرسال والرمى ، وهي على الآلة ، لأن المقدور له في الأول الذبح ، وفي الثاني الرمى والإرسال دون الإصابة ، فتشترط عند فعل مايقدر عليه ، حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لايجوز ، ولو رمى الصيد وسمى وأصاب غيره حل ، وكذا في الإرسال ، ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بأخرى أكل ، ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيداً لايؤكل ، اه وفيها أيضاً : والشرط في التسمية هو الذكر الخالص المجرد ، فلو قال عند الذبح « اللهم اغفرلى » لايحل ؛ لأنه دعاء وسؤال ، ولو قال « الحمد لله » أو « سبحان الله » يريد التسمية حل ؛ ولو عطس عند الذبح فقال « الحمد لله » لايحل في أصح الروايتين ؛ لأنه يريد الحمد لله على نعمة العطاس دون التسمية ، وما تداولته الألسن عند الذبح ـ وهو « بسم الله والله أكبر » ـ منقول عن ابن عباس ، اه

---

(١) هو قوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان »

وَلاَ تُجزِىءُ مَقْطُوعَةُ الأُذُنِ والذَّنَبِ ، ولاَ الَّتِى ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنِهَا ، فَإِن بَقِيَ الأَكْثَرُ مِنَ الأُذُنِ والذَّنَبِ جَازَ

ويَجُوزُ أَنْ يُضَحَّى بِالْجَمَّاءِ وَالْخَصِيِّ وَالْجَرْبَاءِ والثَّوْلاءِ .

والأُضْحِيَّةُ مِنَ الإِبِلِ والبقرِ والغَنَمِ ، يُجْزِىءُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ الثَّنِيُّ فَصاعِداً إِلاَّ الضَّأْنَ فَإِنَّ الجذَعَ مِنْهُ يُجْزِىءُ .

لا مخ فى عظامها (ولا تجزىء مقطوعة الأذن ، و) لا مقطوعة (الذنب ، ولاالتى ذهب أكثر أذنها) أو ذنبها (فإن بقى الأكثر من الأذن والذنب جاز) : لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ، ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً .

(ويجوز أن يضحى بالجماء)وهى التى لاقرن لها ، لأن القرن لايتعلق به مقصود ، وكذامكسورةالقرن لماقلنا ، هداية(والخصى) لأن لحمه أطيب(والجرباء) السمينة ، لأن الجرب يكون فى جلدها ، ولا نقصان فى لحمها، بخلاف المهزولة ، لأن الهزال يكون فى لحمها (والثولاء) وهى المجنونة ؛ وقيل : هذا إذا كانت تعتلف ، لأنه لا يخل بالمقصود ، أماإذا كانت لا تعتلف لاتجزئه ، هداية . ثم قال : وهذاالذى ذكرناه إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ، ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع : إن كان غنيا غيَّرها وإن كان فقيراً تجزئه ، وتمامه فيها .

(والاضحية) إنما تكون (من الإبل والبقر والغنم)فقط ، لأنها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبى صلى الله عليه وسلم ولا من الصحابة رضى الله عنهم ، هداية (يجزىء من ذلك كله الثنى) وهو ابن خمس من الإبل ، وحولين من البقر والجاموس ، وحول من الضأن والمعز (فصاعداً ، إلا الضأن فإن الجذع) وهو ابن ستة أشهر (منه يجزىء) قالوا : وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا يشتبه على الناظر من بعيد ، هداية

وَالعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةٌ : الحُلْقُومُ ، والمَرِيءُ ، والوَدَجَانِ ، فَإِذَا قَطَعَهَا حَلَّ الأَكْلُ ، وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لا بُدَّ مِنْ قَطْعِ الحُلْقُومِ والمَرِيءِ وَأَحَدِ الوَدَجَيْنِ .

إن كان الذبح فوق العقدة قطع ثلاثة من العروق، فالحق ما قاله شراح الهداية تبعاً للرستغفنى وإلا فالحق خلافه، إذ لم يوجد شرط الحل باتفاق أهل المذهب ، و يظهر ذلك بالمشاهدة أوسؤال أهل الخبرة ، فاغتنم هذا المقال ، ودع عنك الجدال ، اه (والعروق التى تقطع فى الذكاة أربعة : الحلقوم) بفتح الحاء - أصله «الحلق» زيد الواو والميم كما فى المقاييس مجرى النفس لا غير ، قهستانى (والمرىء) وزان كريم - رأس المعدة والكرش اللازق بالحلقوم ، يجرى فيه الطعام والشراب ، ومنه يدخل فى المعدة ، وهو مهموز ،وجمعه مُرُؤ - بضمتين - مثل بريد و بُرُدٍ ، وحكى الأزهرى الهمز والإبدال والإدغام مصباح. (والودجان) تثنية ودج - بفتحتين - عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرىء ، قهستانى (فإن قطعها) : أى العروق الأربعة (حل الأكل) اتفاقاً ، (و إن قطع أكثرها) يعنى ثلاثة منها أىّ ثلاثة كانت (فكذلك) : أى حل الأكل (عند أبى حنيفة ، وقالا : لابد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين) قال فى الجوهرة : والمشهور فى كتب أصحابنا أن هذا قول أبى يوسف وحده، اه وكذا قال الزاهدى وصاحب الهداية، ثم قال : وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد، وهو رواية عن الإمام ، لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها ، اه ، قال فى زاد الفقهاء : والصحيح قول أبى حنيفة ، واعتمده الإمام المحبوبى والنسفى وغيرهما ، تصحيح .

وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِاللِّيطَةِ والْمَرْوَةِ ، وبِكُلِّ شَيْءٍ أَنْهَرَ الدَّمَ إلاَّ السِّنَّ الْقَائِمَ والظُّفُرَ الْقَائِمَ .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحِدَّ الذَّابِحُ شَفْرَتَهُ ، وَمَنْ بَلَغَ بِالسِّكِّينِ النُّخَاعَ ، أَوْ قَطَعَ الرَّأْسَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَتُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ ، وَإِنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِنْ قَفَاهَا ، فَإِنْ بَقِيَتْ حَيَّةً حَتَّى قَطَعَ الْعُرُوقَ جَازَ وَيُكْرَهُ .

(ويجوز الذبح بالليطة) بكسر اللام وسكون الياء ـ هي قشر القصب اللازق كما في حاشية الحموى (والمروة) بفتح الميم ـ كما في المنح عن أخي زاده ، قال في الجوهرة : والمروة واحدة المرو ، وهي حجارة بيض براقة تقدح منها النار ، اهـ (وبكل شيء) له حِدَّة تذبح به بحيث إذا ذبح به فَرَى الأوداج (أنهر) أي أسال (الدم) ؛ لأن ذلك حقيقة الذبح (إلا السن القائم) : أي غير المنزوع (والظفر القائم) فإنه لا يحل ـ وإن فَرَى الأوداج وأنهر الدم ـ بالإجماع ؛ للنص ، ولأنه يقتل بالثقل ، لأنه يعتمد عليه . قيد بالقائم لأن المنزوع إذا عمل عمل السكين حل عندنا وإن كره ، قهستاني .

(ويستحب أن يحد الذابح شفرته) بالفتح ـ السكين العظيم ، وأن يكون قبل الإضجاع ، وكره بعده (ومن بلغ بالسكين النخاع) بتثليث النون ـ هو خيط أبيض في جوف الفقار ، يقال : ذبحه فنخعه ، أي جاوز منتهى الذبح إلى النخاع كما في الصحاح (أو قطع الرأس) قبل أن تسكن (كره له ذلك) لما فيه من زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ، وهو منهيٌّ عنه (وتؤكل ذبيحته) ؛ لأن كراهة الفعل لا توجب التحريم (وإن ذبح الشاة من قفاها فإن بقيت حية حتى قطع العروق) اللازم قطعها (جاز) وحلت ، لتحقق الموت بما هو ذكاة (و) لكن (يكره)

وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ قَطْعِ الْعُرُوقِ لَمْ تُؤْ كَلْ .

ومااسْتَأنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَ كَاتُهُ الذَّبْحُ ، وَمَاتَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فَذَ كَاتُهُ الْعَقْرُ والْجَرْحُ .

وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْإِبِلِ النَّحْرُ ، فَإِنْ ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ .

وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْبَقَرِ والغَنَمِ الذَّبْحُ ، فَإِنْ نَحَرَهُمَا جَازَ وَيُكْرَهُ .

وَمَنْ نَحَرَ نَاقَةً أَوْ ذَبَحَ بَقَرَةً أَوْ شَاةً ، فَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا جَنِيناً مَيِّتاً لَمْ يُؤْ كَلْ أَشْعَرَ أَوْ لَمْ يُشْعِرْ .

ذلك ، لما فيه من زيادة التعذيب من غير حاجة كامر (وإن ماتت) الشاة (قبل قطع العروق لم تؤ كل) لوجود الموت بما ليس بذ كاة.

(وما استأنس من الصيد) وصار مقدورا عليه (فذ كاته الذبح) لأن ذ كاة الاضطرار إنما يُصَار إليها عند العجز عن ذ كاة الاختيار ، ولا عجز إذا استأنس وصار مقدوراً عليه (وما توحش من النعم) وصار ممتنعاً لا يقدر عليه (فذ كاته) ذ كاة الضرورة (العقر والجرح) لتحقق العجز .

(والمستحب فى الإبل النحر) فى اللبة ، وهو موضع القلادة من الصدر ، لموافقة السنة المتوارثة ، ولاجتماع العروق فيها فى المنحر (فإن ذبحها) من الأعلى (جاز ، و) لكن (يكره) لمخالفته السنة (والمستحب فى البقر والغنم الذبح) من أعلى العنق ، لأنه المتوارث ، ولاجتماع العروق فيهما فى الذبح (فإن نحرهما) من أسفل العنق (جاز ، و) لكن (يكره) لمخالفة السنة .

(ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة أو شاة فوجد فى بطنها جنيناً ميتاً لم يؤ كل) سواء كان (أشعر أو لم يشعر) يعنى تم خلقه أو لم يتم ، لأنه لا يشعر إلا بعد تمام

وَلاَ يَجُوزُ أَكْلُ كُلِّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ ، وكُلِّ ذِى مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ، وَلاَ بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ ، وَلاَ يُؤْكَلُ الْأَبقعُ الَّذِى يأكُلُ الْجِيفَ ،

الخلق ، قال فى الهداية : وهذا عند أبى حنيفة ، وهو قول زفر والحسن بن زياد ، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا تم خلقه أكل . اه . قال فى التصحيح : واختار قول أبى حنيفة الإمام البرهانى والنسفى وغيرهما ، اه

(ولا يجوز أكل كل ذى ناب) يصيد به (من السباع) بيان لذى ناب ، والسباع : جمع سبع ، وهو : كل حيوان مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ عادة ، هداية ، (ولا كل ذى مخلب) بكسر الميم ـ يصيد به ، والمخلب : ظفر كل سبع من الماشى والطائر كذا فى القاموس (من الطير) بيان لذى مخلب (ولا بأس بغراب الزرع) وهو المعروف بالزاغ ؛ لأنه يأكل الحب ، وليس من سباع الطير ، وكذا الذى يخلط بين أكل الحب والجيف كالعقعق وهو المعروف بالقاق ، على الأصح ، كما فى العناية وغيرها ، وفى الهداية : لا بأس بأكل العقعق ، لأنه يخلط فأشبه الدجاجة ، وعن أبى يوسف أنه يكره ؛ لأن غالب أكله الجيف (ولا يؤكل) الغراب (الأبقع الذى يأكل الجيف) جمع جيفة : جثة الميت إذ أراح [1] كما فى الصحاح ، قال القهستانى : أى لا يأكل إلا الجيفة وجثة الميت ، وفيه إشعار بأنه لو أكل من الثلاثة الجيفة والجثة والحب جميعا حلّ ولم يكره ، وقالا : يكره والأول أصح ، اه . وفى العناية : الغراب ثلاثة أنواع : نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف ، وليس بمكروه ، ونوع لا يأكل إلا الجيف ، وهو الذى سماه المصنف الأبقع ، وإنه مكروه ، ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ، ولم يذكره فى الكتاب ، وهو غير مكروه عنده مكروه عند أبى يوسف ، اه

---

(١) تقول « أراح اللحم » إذا انتن ، ويقال أيضا « أراح الماء » وربما قيل « أروح الماء واللحم » بوزن أكرم من غير قلب على الأصل

وَيُكْرَهُ أَكْلُ الضَّبُعِ والضبِّ والحَشَرَاتِ كُلِّهَا .

ولا يَجُوزُ أَكْلُ لَحْمِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ والبِغَالِ ، وَيُكْرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، ولا بأسَ بِأَكْلِ الأَرْنَبِ .

وَإِذَا ذُبِحَ مَالا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ لَحْمُهُ وجِلْدُهُ .

(ويكره) أي لا يحل (أكل الضبع) لأن له نابا (والضب) دابة تشبه الجرذون لورود النهي عنه ، ولأنه من الحشرات (والحشرات) وهي صغار دواب الأرض (كلها) : أي المائي والبري كالضفدع والسلحفاة والسرطان والفأر والوزغ والحيات لأنها من الخبائث ، ولهذا لا يجب على المحرم بقتلها شيء (ولا يجوز أكل لحم الحمر) بضمتين (الأهلية) ، لورود النهي عنها (والبغال) ، لأنها متولدة من الحمر فكانت مثلها . قيد بالأهلية ، لأن الوحشية حلال وإن صارت أهلية ، وإن نزا أحدهما على الآخر فالحكم للأم كما في النظم ، قهستاني (ويكره أكل لحم الفرس عند أبي حنيفة) قال الإمام الإسبيجابي : الصحيح أنها كراهة تنزيه ، وفي الهداية وشرح الزاهدي : ثم قيل : الكراهة عنده كراهة تحريم ، وقيل : كراهة تنزيه ، والأول أصح ، وقالا : لا بأس بأكله ، ورجحوا دليل الإمام ، واختاره المحبوبي والنسفي والموصلي وصدر الشريعة ، تصحيح (ولا بأس بأكل الأرنب) ، لأنه ليس من السباع ، ولا من آكلة الجيف ، فأشبه الظبي

(وإذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر) بفتح الهاء وضمها (لحمه وجلده) ، لأن الذكاة تؤثر في إزالة الرطوبات والدماء السيالة ، وهي النجسة دون الجلد واللحم ، فإذا زالت طهرت كما في الدباغ ، هداية . قال في التصحيح : وهذا مختار صاحب الهداية أيضا ، وقال كثير من المشايخ : يطهر جلده لا لحمه ، وهو الأصح كما في الكافي والغاية

إِلاَّ الآدمِيَّ وَالخِنْزِيرَ ، فَإِنَّ الذَّكَاةَ لاَ تَعْمَلُ فِيهِمَا .

ولاَ يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْمَاءِ إِلاَّ السَّمَكُ ، وَيُكْرَهُ أَكْلُ الطَّافِي مِنْهُ وَلاَ بَأْسَ بِأَكْلِ الْجِرِّيثِ والْمارِ مَاهِي .

وَيَجُوزُ أَكْلُ الجَرَادِ ، وَلاَ ذَكَاةَ لَهُ .

والنهاية وغيرها ، اه . (إلا الآدمى والخنزير ، فإن الذكاة لاتعمل فيهما) : الآدمى لكرامته وحرمته ، والخنزير لنجاسة عينه وإهانته كما فى الدباغ .

(ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) لقوله تعالى « ويحرم عليهم الخبائث » وماسوى السمك خبيث (ويكره أكل الطافى منه) على وجه الماء الذى مات حَتْفَ أنفه ، وهو ما بَطْنه من فوق ، فلو ظهره من فوق فليس بطاف فيؤكل كما يؤكل ما فى بطن الطافى ، وما مات بحر الماء وبرده وبِرَبْطِه فيه أو إلقاء شيء فموته بآفة ، در عن الوهبانية .

(ولا بأس بأكل) السمك (الجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء — ويقال له الجرى : ضرب من السمك مُدَوَّر (والمار ماهى) ضرب من السمك فى صورة الحية ، قال فى الدرر : وخصَّهما بالذكر إشارة إلى ضعف ما نقل فى المغرب عن محمد أن جميع السمك حلال غير الجريث والمار ماهى . اه .

(ويجوز أكل الجراد ، ولا ذكاة له) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أحلت لنا ميتتان : السمك والجراد » .

وسئل الإمام على رضى الله تعالى عنه عن الجراد يأخذه الرجل وفيه الميت ، فقال : كله كله ، وهذا عُدَّ من فصاحته ، هداية

كتاب الأضحية

الْأُضْحِيَةُ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ ، فِي يَوْمِ الْأَضْحَى عَنْ نَفْسِهِ وَوُلْدِهِ الصِّغَارِ ، يَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةً أَوْ يَذْبَحُ بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً عَنْ سَبْعَةٍ .

كتاب الأضحية

من ذكر الخاص بعد العام ، وفيها لغات : ضم الهمزة فى الأكثر ، وهى فى تقدير أفعولة ، وكسرها إتباعاً لكسرة الحاء ؛ والجمع أضاحى ، والثالثة ضَحِيَّة ، والجمع ضحايا ، مثل عطية وعطايا ، والرابعة أضحاة بفتح الهمزة ـ والجمع أضْحًى ، مثل أرْطَاة وأرْطَى ، ومنه عيد الأضحى ، كذا فى المصباح .

(الأضحية) لغة : اسم لما يذبح وقت الضحى ، ثم كثر حتى صار اسماً لما يذبح فى أى وقت كان من أيام الأضحى ، من تسمية الشىء باسم وقته . وشرعاً : ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص بنية القُرْبة ، وهى (واجبة) قال فى التصحيح : وهذا قول أبى حنيفة ومحمد والحسن وزفر ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وعنه أنها سنة ، وذكر الطحاوى أنه على قول أبى حنيفة واجبة ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد سنة مؤكدة ، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف ، وعلى قول أبى حنيفة اعتمد المصححون كالمحبوبى والنسفى وغيرهما ، اهـ (على كل حر مسلم مقيم) بمصر أو قرية أو بادية كما فى الجوهرة (موسر) يسار الفطرة (فى يوم الأضحى) أى يوم من أيامها الثلاثة الآتية ، لأنها مختصة بها (عن نفسه ، و) عن كل واحد من (وُلْده) بضم الواو ـ جمع وَلَد (الصغار) اعتباراً بالفطرة (يذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بدنة) من الإبل (أو بقرة عن سبعة) وكذا مادونهم بالأولى ، فلو عن أكثر لم

وَلَيْسَ عَلَى الْفَقِيرِ وَالْمُسَافِرِ أُضْحِيَّةٌ . وَوَقْتُ الأُضْحِيَةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ ؛ إِلاَّ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لِأَهْلِ الأَمْصَارِ الذَّبْحُ حَتَّى يُصَلِّيَ الإِمَامُ صَلاَةَ العِيدِ ، فَأَمَّا أَهْلُ السَّوَادِ فَيَذْبَحُونَ بَعْدَ الْفَجْرِ .

تُجْزِ عن أحد منهم ، قال فى التصحيح : وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة ، قال فى شرح الزاهدى : ويروى عنه أنه لا يجب عن ولده ، وهو ظاهر الرواية ، ومثله فى الهداية . وقال الإسبيجابى : وهو الأظهر ، وإن كان للصغير مال اختلف المشايخ على قول أبى حنيفة ، والأصح أنه لا يجب ، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى ، وجعله الصدر الشهيد ظاهر الرواية . وقال القدورى — وتبعه صاحب الهداية — : والأصح أنه يضحى من ماله ، ويأكل منه ما أمكنه ، ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه ، اهـ . (وليس على الفقير والمسافر أضحية) واجبة ، دفعاً للحرج ؛ أما الفقير فظاهر ، وأما المسافر فلان أداءها يختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بمضى الوقت .

(ووقت الأضحية) لأهل الأمصار والقرى (يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر ، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح) فى اليوم الأول (حتى يصلى الإمام صلاة العيد) أو يخرج وقتها بالزوال ، لأنه يشترط فى حقهم تقديم صلاة العيد على الأضحية أو خروج وقتها ، فإذا لم يوجد أحدهما لا تجوز الأضحية ، لفقد الشرط (فأما أهل السواد) أى القرى (فيذبحون بعد الفجر) لوجود الوقت وعدم اشتراط الصلاة لأنه لا صلاة عليهم ، وما عبر به بعضهم — من أن أول وقتها بعد صلاة العيد إن ذبح فى مصر ، وبعد طلوع الفجر إن ذبح فى غيره — قال القهستانى : فيه تسامح ، إذ التضحية عبادة لا يختص وقتها بالمصر وغيره ، بل شرطها ، فأول وقتها فى حق المصرى والقروى طلوع الفجر ، إلا أنه شرط لأهل المصر تقديم الصلاة عليها ، فعدم الجواز لفقد الشرط ، لا لعدم الوقت كما فى المبسوط ، وإليه أشير فى الهداية وغيرها ، اهـ . ثم المعتبر

وهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلاثَةِ أَيَّامٍ : يَوْمُ النَّحْرِ ، وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ .

ولاَ يُضَحَّى بِالْعَمْياءِ والعَوْرَاءِ والعَرْجَاءِ ، الّتى لا تَمْشِى إلى الْمَنْسكِ ، ولاَ الْعَجْفاءِ .

فى ذلك مكان الأضحية ، حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر تجوز كما انشق الفجر ، وفى العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة ، هداية . قيدنا باليوم الأول لأنه فى غير اليوم الأول لا يشترط تقديم الصلاة، وإن صليت فيه ، قال فى البدائع: وإن أخَّر الإمام صلاة العيد فلا ذبح حتى بنتصف النهار، فإن اشتغل الإمام فلم يصل أو ترك عمداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة فى الأيام كلها ، لأنه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة ، وإنما يخرج الإمام فى اليوم الثانى والثالث على وجه القضاء ، والترتيب شرط فى الأداء لا فى القضاء ، كذا ذكره القدورى ، اه . وذكر نحوه الزيلعى عن المحيط .

(وهى جائزة فى ثلاثة أيام) وهى (يوم النحر ، ويومان بعده) ، لما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم ، قالوا: أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها، وقد قالوه سماعا لأن الرأى لا يهتدى إلى المقادير ، وفى الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل، وأفضلها أولها كما قالوا ، ولأن فيه مسارعة إلى أداء القُرْبة وهو الأصل إلا لمعارض، ويجوز الذبح فى لياليها ، إلا أنه يكره ، لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل ،وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة ، أولها نحر لا غير ، وآخرها تشريق لا غير ، والمتوسطان نحر وتشريق، هداية .

(ولا يضحى بالعمياء) الذاهبة العينين (والعوراء) الذاهبة إحداهما (والعرجاء العاطلة إحدى القوائم ، إذا كانت بينة العَرَج ، وهى (التى لا تمشى إلى المنسك) بفتح العين وكسرها ــ الموضع الذى تذبح فيه النسائك (ولا العجفاء) أى المهزولة التى

وَالذَّبْحُ فِي الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ ،

(والذبح) الاختيارى (فى الحلق) وهو فى الأصل الحلقوم كما فى القاموس (واللبة) بالفتح والتشديد ، بوزن حبة ـ المنحر : أى من العقدة إلى مَبْدَأ الصدر، وكلامُ التحفة والكافى وغيرهما يدل على أن الحلق يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية ، فالمعنى مبدأ الحلق : أى أصل العنق كما فى القهستانى ، فكلام المصنف محتمل للروايتين الآتيتين عن الجامع والمبسوط ، قال فى الهداية : وفى الجامع الصغير : لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله، اهـ. وعبارة المبسوط : الذبح ما بين اللبة واللحيين كالحديث اهـ ، قال فى النهاية : و بينهما اختلاف من حيث الظاهر ؛ لأن رواية المبسوط تقتضى الحل فيما إذا وقع الذبح قبل العقدة ، لأنه بين اللبة واللحيين ، ورواية الجامع تقتضى عدمه ، لأنه إذا وقع قبلها لم يكن الحلق محل الذبح ؛ فكانت رواية الجامع مقيدة لإطلاق رواية المبسوط، وقد صرح فى الذخيرة بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل ؛ لأن المذبح هو الحلقوم ، ولكن رواية الإمام الرستغنى تخالف هذه حيث قال : هذا قول العوام وليس بمعتبر ، فتحل سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو الصدر ، لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج وقد وجد ، وكان شيخى يفتى بهذه الرواية، و يقول : الرستغنى إمام معتمد فى القول والعمل ، اهـ . وأيد الإتقانى هذه الرواية فى غاية البيان، وشَنَّع على من خالفها غاية التشنيع ، وقال : ألا ترى قول محمد فى الجامع «أو أعلاه» فإذا ذبح فى الأعلى لا بد أن تبقى العقدة تحت، ولم يلتفت إلى العقدة فى كلام الله تعالى ولا كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث ، وقد حصلت لا سيما على قول الإمام من الاكتفاء بثلاثة من الأربع أيا كانت، و يجوز ترك الحلقوم أصلا، فبالأولى إذا قطع من أعلاه و بقيت العقدة أسفل، اهـ . ومثله فى المنح عن البزازية ، و به جزم صاحب الدرر والملتقى والعينى وغيرهم، لكن جزم فى النقاية والمواهب والإصلاح بأنه لا بدَّ أن تكون العقدة مما يلى الرأس، و إليه مال الزيلعى، قال شيخنا : والتحرير للمقام أن يقال:

وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الْأُضْحِيَّةِ ، وَيُطْعِمُ الأَغْنِيَاءَ والفُقَرَاءَ ، وَيَدَّخِرُ .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لاَ يَنْقُصَ الصَّدَقَةَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا أَوْ يَعْمَلُ مِنْهُ آلَةً تُسْتَعْمَلُ فِي الْبَيْتِ

والأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَه بِيَدِهِ إِنْ كَانَ يُحْسِنُ الذَّبْحَ ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا الْكِتَابِيُّ .

(ويأكل) المضحى (من لحم الأضحية ، ويطعم الأغنية والفقراء ، ويدخر) لقوله صل الله عليه وسلم : « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحى ، فكلوا وادخروا » ولا يعطى أجر الجزار منها ، للنهى عنه كما فى الهداية .

(ويستحب) له (أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لأن الجهات ثلاثة : الأكل ، والادخار ، لما روينا ، والإطعام ؛ لقوله تعالى : « وأطعموا القانع والمعتر» فانقسم عليها أثلاثاً ، هداية .

(ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة) كنطع وجراب وغربال ونحوها (تستعمل فى البيت) قال فى الهداية : ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه ، استحساناً ، لأن للبدل حكم المبدل ، اه

(والأفضل أن يذبح أضحيته بيده ، إن كان يحسن الذبح) ، لأنه عبادة ، وفعلها بنفسه أفضل ، وإن كان لا يحسن الذبح استعان بغيره وشهدها بنفسه ، لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة رضى الله عنها « قومى فاشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب » كما فى الهداية (ويكره أن يذبحها الكتابى) لأنها عمل هو قُرْبة ، وهو ليس من أهلها ، ولو أمره فذبح جاز ، لأنه من أهل الذكاة ، والقربة أقيمت بإنابته ونيته ، بخلاف ما إذا أمر المجوسى ، لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفساداً ، هداية .

وَ إِذَا غَلِطَ رَجُلَانِ فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ الآخَرِ أَجْزَأَ عَنْهُمَا ، وَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِمَا .

(وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما) استحساناً ، لأنها تعينت للذبح ، فصار المالك مستعيناً بكل مَنْ كان أهلا للذبح إذناً له دلالة ، فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه (ولا ضمان عليهما) ، لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما فعل دلالة ، فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحدمنهما صاحبه ، ويجزئهما ؛ لأنه لوأطعمه فى الابتداء يجوز ، و إن كان غنياً ،فكذاله أن يحلله فى الانتهاء ، و إن تشاحَّا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة ؛ لأنها بدل من اللحم ، فصار كما لو باع أضحيته ، وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ، ومن أتلف أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ، هداية .

قد تم ــ بعون الله وتوفيقه ــ الجزء الثالث من كتاب « اللباب ، بشرح الكتاب » المشتمل على مقرر السنة الثالثة الإعدادية ، من المعاهد الدينية الأزهرية ؛ والحمدلله مستحق الحمد ومُلْهِمِه ، وصلاته وسلامُه على أفضل الخلق وأكرمه ، وعلى آله وصحبه وتابعيه ، ولا عُدْوَان إلا على الظالمين .

فهرس الجزء الثالث من كتاب

« اللباب ، بشرح الكتاب »

تمت فهرس الجزء الثالث من كتاب « اللباب » بشرح الكتاب » المشتمل على مقرر السنة الثالثة الإعدادية من المعاهد الدينية الأزهرية ، والحمد لله رب العالمين ، وصلاته وسلامه على إمام المتقين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .